



Revista

ISSN 2007-4700

Teinalli

MÉXICO

Número 8 • Agosto 2015



Revista

Penal

MÉXICO

Número 8 •
marzo-agosto de 2015
México
ISSN 2007 4700



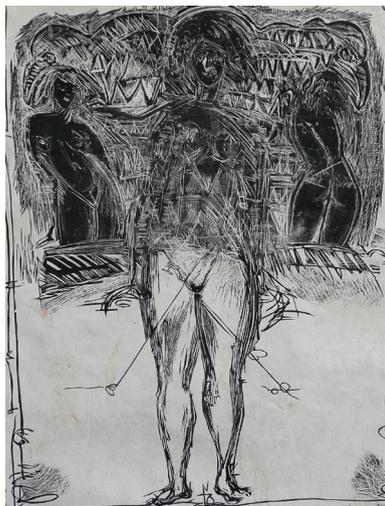
Cátedra de Derechos Humanos
Manuel de Lardizábal



Universidad
de Huelva



INACIPE



Daniel Manzano Aguila.
“Nuestro pasado se hace presente”
Grabado en Linóleo
60 x 80 cms
2002

Daniel Manzano Aguila (Tapalpa, Jalisco 1949). Es profesor de la Escuela Nacional de Artes Plásticas (en adelante citada ENAP) desde 1976. Imparte cátedras a nivel de licenciatura y maestría, también es tutor del reciente Doctorado en Artes y Diseño. Su principal actividad docente se aprecia en el campo de la metodología de la investigación y en seminarios de tesis. Ha organizado y participado en 19 seminarios del libro alternativo, en donde se han titulado una gran cantidad de egresados. Su especialidad en el campo de las artes es el grabado y el dibujo. Ha obtenido diversos reconocimientos y premios nacionales e internacionales. Cuenta con numerosas exposiciones individuales y colectivas en el País y en el extranjero. Fue coordinador del Programa de Posgrado en Artes Visuales (2008-2012), y lo transformó en Programa Posgrado de Artes y Diseño. También fue Director de la ENAP (mayo de 2010 - abril de 2014) y la transformó durante su periodo como Director en la Facultad de Artes y Diseño (FAD) de la UNAM. Es licenciado en Dibujo Publicitario y Maestro en artes Visuales por la ENAP. Estudió la licenciatura en Historia en la Facultad de Filosofía y Letras de la UNAM. Y también es Doctor en Bellas Artes por la Facultad de Bellas Artes de la Universidad Politécnica de Valencia y Doctor en Artes y Diseño por la FAD/UNAM. Fundó recientemente (2011) el Doctorado en Artes y Diseño y tres nuevas maestrías para la Facultad de Artes y Diseño. Creó además una nueva (2012) Licenciatura en Artes y Diseño, que se imparte en la FAD y en el ENES-Morelia de la UNAM y renovó los planes de estudio de las licenciaturas en Artes Visuales y de diseño y Comunicación Visual (2013) y la Maestría en Artes Visuales (2011). Desde 2015 es miembro del grupo de investigación BR::AC Barcelona Research Art Creation de la Universidad de Barcelona.

Septiembre de 2014

Revista indizada en la base de datos de CLASE y directorio Latindex, clase.unam.mx y www.latindex.org



REVISTA PENAL MÉXICO, año 4, núm. 8, es una publicación semestral editada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe) a través de la Dirección de Publicaciones, Magisterio Nacional núm. 113, Col. Tlalpan, Del. Tlalpan, C.P. 14000, México, D.F., Tel. 5487 1571, página *web*: www.inacipe.gob.mx, *e-mail*: publicaciones@inacipe.gob.mx, y la Universidad de Huelva. Dr. Cantero Cuadrado, 6. 21071 Huelva, España. Editores responsables: Juan Carlos Ferré Olivé y Rafael Estrada Michel. Reserva de Derechos al Título Exclusivo núm. 04-2012-042012493900-102; ISSN: 2007-4700. Certificado de Licitud de Título y Contenido: 15411. Impreso y encuadernado por Ediciones Corunda, S.A. de C.V., Tlaxcala 19, Col. San Francisco, Del. Magdalena Contreras, C.P. 10810, México D.F. El tiraje consta de 800 ejemplares más sobrantes para reposición.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura de los editores de esta publicación.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación, sin previa autorización del Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Revista

Penal MÉXICO

DIRECTORIO DEL INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

ARELY GÓMEZ GONZÁLEZ

*Procuradora General de la República
y Presidenta de la H. Junta de Gobierno del Inacipe*

JOSÉ ALBERTO RODRÍGUEZ CALDERÓN

*Subprocurador Jurídico y de Asuntos Internacionales de la PGR
y Secretario Técnico de la H. Junta de Gobierno del Inacipe*

RAFAEL ESTRADA MICHEL

*Director General
del Instituto Nacional de Ciencias Penales*

ELISA SPECKMAN GUERRA

Secretaria General Académica

JORGE MARTÍNEZ IGLESIAS

Secretario General de Extensión

ALFONSO JESÚS MOSTALAC CECILIA

Director de Publicaciones

Número 8 •
marzo-agosto de 2015
México
ISSN 2007 4700

DIRECTORIO DE LA REVISTA PENAL MÉXICO

CODIRECTORES

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ
Universidad de Huelva

RAFAEL ESTRADA MICHEL
Director General del Inacipe

COMITÉ CIENTÍFICO

KAI AMBOS
Universidad Georg August de Gotinga

LUIS ARROYO ZAPATERO
Universidad de Castilla-La Mancha

ANDRÉS BAYTELMAN
Baytelman Legal. Fraud, Forensics and Compliance

ARELY GÓMEZ GONZÁLEZ
Procuraduría General de la República

IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE
Universidad de Salamanca

DAVID CIENFUEGOS SALGADO
*Secretaría General de Gobierno
del Estado de Guerrero*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
Suprema Corte de Justicia de la Nación

LUIS DE LA BARREDA SOLÓRZANO
Instituto Ciudadano de Estudios Sobre la Inseguridad, A.C.

ENRIQUE DÍAZ-ARANDA
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

JAVIER DONDÉ MATUTE
Instituto Nacional de Ciencias Penales

PABLO GALAIN PALERMO
*Instituto Max Planck para el Derecho Penal
Extranjero e Internacional*

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ
Academia Mexicana de Ciencias Penales

JULIO ANTONIO HERNÁNDEZ PLIEGO
*Ilustre y Nacional Colegio de Abogados
de México, A.C.*

OLGA ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL
Academia Mexicana de Ciencias Penales

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
Universidad Pablo de Olavide

MIGUEL ONTIVEROS ALONSO
Academia Mexicana de Ciencias Penales

LUIS RAÚL GONZÁLEZ PÉREZ
Comisión Nacional de los Derechos Humanos

CLAUS ROXIN
Universidad de Múnich

ULRICH SIEBER
*Instituto Max Planck para el Derecho Penal
Extranjero e Internacional*

MANUEL VIDAURRI ARÉCHIGA
Universidad de Guanajuato

JESÚS ZAMORA PIERCE
Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.

CONSEJO DE REDACCIÓN

VICTORIA ADATO GREEN
Academia Mexicana de Ciencias Penales

ISRAEL ALVARADO MARTÍNEZ
Instituto Nacional de Ciencias Penales

RODOLFO FÉLIX CÁRDENAS
Academia Mexicana de Ciencias Penales

GUSTAVO FONDEVILA
Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C.

LUIS GONZÁLEZ PLACENCIA
Centro para el Desarrollo de la Justicia Internacional, A.C.

MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ
Academia Mexicana de Ciencias Penales

RICARDO OJEDA BOHÓRQUEZ
Poder Judicial de la Federación

MARÍA ELOÍSA QUINTERO
Instituto Nacional de Ciencias Penales

MIGUEL SARRE IGUÍNIZ
Instituto Tecnológico Autónomo de México

DOCTRINA

José Luis de la Cuesta Arzamendi <i>Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente, tras la reforma de 2015</i>	9
Sergio García Ramírez <i>Beccaria en nuestra América</i>	29
M ^a del Carmen Gómez Rivero <i>Víctimas culpables: ¿victimidogmática, dogmática penal o intuición?</i>	49
José L. González Cussac <i>Intromisión en la intimidad y Centro Nacional de Inteligencia. Crítica al modelo español de control judicial previo</i>	79
Juan José González Rus <i>La pertinencia del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España y valoración de la constitucionalidad y legalidad del modelo establecido</i>	99
Joaquín Merino Herrera <i>Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo</i>	115
Fernando Miró Llinares <i>Conocimiento, dolo, responsabilidad dolosa: acerca de lo relevante y lo accesorio de una discusión dogmática eterna</i>	141
Francisco Muñoz Conde <i>La polémica causalismo-finalismo en el Derecho penal español durante la dictadura franquista</i>	161
Antonio Sánchez Galindo <i>Victoria Kent (una española universal)</i>	171
Javier de Vicente Remesal y Marta García Mosquera <i>Comercialización de vieiras contaminadas: algunos aspectos esenciales del fraude alimentario</i>	193
Caty Vidales Rodríguez y Beatriz Larriba Hinojar <i>Estrategias legales frente a la criminalidad organizada en España</i>	215
Yu Wang <i>El modelo chino para el tratamiento de los delitos de bagatela</i>	229
Notas bibliográficas	237

Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente, tras la reforma de 2015*

José Luis de la Cuesta Arzamendi**

Instituto Vasco de Criminología, España

RESUMEN: La contaminación, los residuos e instalaciones peligrosas constituyen, en general, junto a los productos y preparados igualmente susceptibles de afectar a los recursos naturales, las actividades humanas que mayor atención merecen desde la protección ambiental. También las legislaciones penales más avanzadas aseguran la cobertura de los comportamientos potencialmente más atentatorios a través de la adecuada delimitación del marco incriminatorio de cada uno de estos grupos de conductas. Esto no suele ser necesariamente sencillo si (como procede) no se quieren castigar simples desobediencias administrativas y se buscan estructurar los tipos penales a partir de su lesividad material específica para el bien jurídico ambiental. En el plano europeo, conviene además advertir contra las negativas consecuencias de la copia literal de unos textos normativos que, en un mismo artículo, exigen la tipificación de conductas de muy diferente alcance (como el “causar” y el “poder causar”). La reestructuración de los delitos contra el ambiente operada por la LO 1/2015 supera defectos destacados de la regulación anterior, pero vuelve a recaer en el error indicado, que lleva a incluir en el mismo tipo penal supuestos que, por su diferente naturaleza y alcance, no deberían merecer en ningún caso el mismo tratamiento punitivo.

PALABRAS CLAVE: Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, contaminación, residuos, instalaciones peligrosas, delitos de peligro, daños ambientales, responsabilidad penal de las personas jurídicas, Reforma de 2010, Ley Orgánica 1/2015.

ABSTRACT: Pollution, waste and hazardous facilities are, in general, along with products equally likely to affect natural resources, human activities that deserve greater attention from environmental protection. Also the most advanced criminal laws ensure coverage potentially prejudicial conducts through adequate definition of the incriminating part of each of these groups of behaviors. This is usually not necessarily simple if (as applicable) is not to punish mere administrative disobedience, and seeks to structure the criminal types from its specific harmfulness material for the environmental legal right. At the European level, it should also warn against the negative consequences of a literal copy of legislation that, in the same article, require the criminalization of behaviors highly different scope (as “cause” and “able cause”). The restructuring of the environmental crimes by Law 1/2015, improved featured defects of the previous regulation, but falls back in the indicated error; which leads to include in the same offense assumptions which by their different nature and scope, should not in any way deserve the same punitive treatment.

KEY WORDS: Crimes against natural resources and environment, pollution, waste, hazardous installations, crimes of danger, environmental damage, criminal liability of legal persons, 2010 reform, 2015 reform.

Rec: 8-12-2014 | Rev: 24-05-2015 | Fav: 04-06-2015

* Texto en recuerdo del excelente amigo y compañero, el Prof. Dr. Demetrio Loperena, catedrático de Derecho Administrativo y decano de la Facultad de Derecho de San Sebastián; y revisado y completado tras la reforma intervenida en el Código Penal por la LO 1/2015.

** Grupo consolidado de investigación en Ciencias Criminales (GICCAS IT-585-13) y UFI 11/05 UPV/EHU.

SUMARIO: I. Introducción. II. Extensión y alcance del delito de contaminación ambiental. III. Delitos en materia de residuos. IV. Explotación irregular de instalaciones peligrosas. V. Disposiciones comunes.

I. Introducción

Es posición generalmente admitida que, en un Estado social y democrático de Derecho, la intervención del Derecho penal sólo debe tener lugar allí donde se produce un grave atentado a alguno de los bienes jurídicos dignos, necesitados y susceptibles de protección penal. De lo anterior se deriva el carácter de *ultima ratio* del instrumento penal y su posición de subsidiariedad respecto del resto de las ramas del ordenamiento jurídico que puedan garantizar la protección de los bienes jurídicos en juego. Esto resulta particularmente necesario en aquellas áreas donde la intervención administrativa es ya intensa, comprendiendo hasta la definición de infracciones y la previsión de importantes sanciones. El área ambiental se presenta, en este orden de cosas, como un ejemplo particularmente relevante, debido a la proliferación normativa sobre las actividades humanas de significativo impacto, objeto de regulación por parte del nuevo Derecho ambiental.¹

En realidad, actividades susceptibles de interferir negativamente con los elementos e intereses ambientales son “todas o casi todas”² las desarrolladas por el ser humano y los animales. No obstante, cuando se trata de delimitar mejor las más relevantes desde la perspectiva ambiental, son las actividades e instalaciones contaminantes, los productos y preparados peligrosos, y los residuos, los aspectos que merecen, por lo común, una mayor consideración.³ También en el plano penal, la combinación de tipificaciones específicas relativas a la contaminación, a las instalaciones peligrosas y a los residuos constituye una característica de las legislaciones más avanzadas, que buscan de este modo completar, con pleno respeto de los principios de taxatividad y proporcionalidad, la mejor cobertura de aquellos comportamientos poten-

cialmente más atentatorios de los elementos naturales y, en general, contra el ambiente.

Y es que, si bien en la contaminación es donde, a través del necesario contacto entre el comportamiento humano y el correspondiente elemento natural –que se ve de algún modo alterado (nocivamente) en su pureza o condiciones normales–, confluyen los rasgos definitorios de los atentados más graves al ambiente, también los altos riesgos inherentes al funcionamiento ordinario y/o accidentes procedentes de las instalaciones peligrosas aconsejan para muchos una intensificación de la exigencia de respeto a las normas establecidas.

Por lo que concierne a los residuos, inicialmente la regulación se vio motivada por su impacto sobre la salud. Predomina en la actualidad, en su tratamiento jurídico, la preocupación por su incidencia ambiental, siendo objetivo prioritario de la actual política en la materia “la prevención de su producción”⁴ y, de no ser ésta posible, el aseguramiento de una gestión que limite o reduzca su peligrosidad para el equilibrio del ecosistema; esto es, una gestión no productora de riesgos para el agua, el aire, el suelo, la fauna y la flora, ni generadora de incomodidades derivadas de ruido u olores, así como no atentatoria contra los valores paisajísticos ni de los lugares de especial interés (art. 7, *Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados*).

De todos modos, cuando, como sucede en el actual Derecho español, el tipo penal de contaminación adelanta las barreras de protección, el espacio disponible para la construcción de tipos penales en materia de instalaciones y residuos acaba siendo muy reducido; al menos si (frente a lo que sucedió con la reforma de 2010) se trata de evitar la sanción penal de las meras desobediencias y de las infracciones simples de los mandatos y prohibiciones administrativos, y se exige,

¹ El cual, “por su juventud”, carece naturalmente todavía de la “solidez cimental” de otros órdenes normativos. D. Loperena Rota, “La perplejidad del *ius ambientalista*”, en F. Sosa Wagner (coord.), *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, III, Valencia, 2000, p. 3567.

² Betancor Rodríguez, A., *Derecho ambiental*, Madrid, 2014, p. 961.

³ *Ibidem*, p. 962.

⁴ *Ibidem*, p. 1036.

como procede, que las agresiones a incriminar alcancen un mínimo de lesividad material para el bien jurídico ambiental.

II. Extensión y alcance del delito de contaminación ambiental

Con objeto de dar respuesta a lo exigido por el art. 45.3 de la Constitución,⁵ la reforma de 1983 introdujo en el viejo Código Penal un único precepto: el art. 347 bis. Empleando la técnica de la ley penal en blanco, se configuró así un delito basado en la provocación o realización, directa o indirecta, de “emisiones o vertidos de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas”. Para resultar penalmente relevantes, éstas habían de poner “en peligro grave la salud de las personas” o poder “perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles”. Tipos cualificados eran, por su parte, el funcionamiento clandestino de la industria, la desobediencia a las órdenes expresas de la administración, la aportación de información falsa sobre los aspectos ambientales, la obstaculización de la actividad inspectora de la Administración y el “riesgo de deterioro irreversible o catastrófico”.

Si la decisión político criminal de proteger el ambiente mereció de inmediato una favorable acogida, su instrumento, el art. 347 bis, fue intensamente censurado por parte de la doctrina,⁶ destacando entre las críticas el olvido de aspectos esenciales de la protección ambiental, el carácter ambiguo y difícil de entender de varios de los términos empleados, su excesiva proximidad con los delitos contra la salud pública, y, en general, la defectuosa técnica legislativa, así como, muy en particular, la rechazable asimilación, a efectos de pena, de la grave puesta en peligro de la salud de las personas y el simple perjuicio potencial (aunque fuera grave) de las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles.

A) El Código Penal de 1995

La línea abierta por el art. 347 bis, de definición unitaria y omnicompreensiva de todos los comportamientos de contaminación penalmente relevantes, encontró continuidad en el art. 325 del nuevo Código Penal, incardinado en el seno de los “delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”: capítulo III del Título XVI (libro II) que, separado ya de los delitos contra la salud pública, lleva por rúbrica “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente”.

Por lo que respecta al tipo básico de contaminación y con objeto de cubrir las insuficiencias detectadas anteriormente, el nuevo Código Penal, que en su “regulación atormentada”⁷ mantuvo en lo esencial la base y estructura del art. 347 bis,

- completó con una larga lista las referencias iniciales a “emisiones y vertidos de cualquier clase”, añadiendo “radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos”, así como las captaciones de agua,
- amplió la descripción de los ámbitos protegidos, incluyendo el subsuelo y las aguas subterráneas (habiéndose agregado en 2010 la “alta mar”), y
- reformuló la referencia a la contravención normativa exigida, que ahora se convirtió en “las leyes o disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente”, lo que, al lado de las leyes de las Cortes generales y de los parlamentos autonómicos, incluye a las directivas y reglamentos de la UE, así como los decretos y órdenes emanados de las autoridades de la Administración central, autonómica y local; todos ellos “materialmente” destinados a la protección del ambiente.⁸ Además, se rompió en defi-

⁵ Loperena Rota, D., “La protección de la salud y el medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona en la Constitución”, en Martín-Retortillo Baquer, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. 2, Madrid, 1991, pp. 1455 y ss.

⁶ De la Cuesta Arzamendi, J.L., “La reciente historia del delito ecológico: del artículo 347 bis al proyecto de nuevo Código Penal de 1994”, en Valle Muñoz, J.M. (coord.), *La protección jurídica del medio ambiente*, Pamplona, 1997, pp. 187 y ss.

⁷ En contraste “con fórmulas más sencillas de incriminar la contaminación, como las seguidas, por ejemplo, en los Códigos alemán o portugués”, Alonso Álamo, M., “Trama de la vida y protección penal del ambiente”, en Serrano-Piedecabras, J.R., y Demetrio Crespo, E. (dirs.), *El derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, Madrid, 2010, p. 187.

⁸ Montaner Fernández, R., “Capítulo 17. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en Ortiz de Urbina, Gimeno (coord.), *Memento Experto Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010*, Madrid, 2010, p. 373.

Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente

nitiva con la asimilación valorativa del peligro grave para la salud de las personas y la posibilidad de grave perjuicio para las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles. En su lugar, el Código exigió de los comportamientos anteriores el poder “perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”, previendo la imposición de la pena de prisión en su mitad superior para una “segunda modalidad de tipo básico”⁹ recogida por el art. 325: esto es, “si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas”. Ésta, por su condición de “tipo autónomo” (también susceptible de comisión “por imprudencia”),¹⁰ no requería necesariamente conforme a su tenor literal la simultánea incidencia sobre el equilibrio de los sistemas naturales, por lo que, de concurrir ambos y no agotarse la totalidad del peligro en el daño generado, había que aplicar un concurso ideal de delitos.¹¹

Centrándonos en la afectación del equilibrio de los sistemas naturales, superada la etapa inicial en la que desde ciertos sectores se defendió que se trataba de un delito de peligro concreto, tanto en doctrina como en la jurisprudencia más reciente¹² ganó amplio terreno la posición que entendía que, para

la realización típica, lo que se precisaba no era la generación de un peligro concreto, sino la constatación de la posibilidad de causación de grave perjuicio al equilibrio de los sistemas naturales por parte de los comportamientos descritos. En línea con los llamados delitos de peligro hipotético,¹³ esto llevaba a exigir, junto al desvalor real de acción (la peligrosidad real de la acción), la posibilidad de producción del resultado dañoso (desvalor potencial de resultado).¹⁴

La posibilidad de producción del resultado dañoso había de referirse al “equilibrio de los sistemas naturales”, fórmula bastante indeterminada con muchas posibilidades interpretativas¹⁵ y, por lo general, identificada con el “equilibrio ecológico” mencionado por el art. 339.¹⁶ En todo caso, lo fundamental no era el ataque a un equilibrio “perfecto” de los sistemas naturales, sino al *statu quo* anterior a la intervención penalmente relevante:¹⁷ el art. 325 no contemplaba, así, los elementos naturales de manera aislada o separada, sino en su interrelación estrecha dentro del correspondiente ecosistema, compuesto por los seres vivos (animales y plantas) y el “entorno o medio”¹⁸ de un lugar, en cuyo equilibrio se conforman las condiciones vitales idóneas y naturales¹⁹ de la vida animal y de las formas vegetales complejas del planeta.

⁹ De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Capítulo III, Título XVI, Libro II del nuevo Código Penal”, *Actualidad Penal*, 14, 6-12 abril de 1998, p. 295; y, del mismo autor, “Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental”, *Revista Penal*, 4, 1999, p. 32. Véase también Puente Aba, L.M., “Art. 325”, en Faraldo, P. (dir.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*, Valencia, 2011, p. 253 (y referencias doctrinales por ella aportadas).

¹⁰ Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., Valencia, 2013, p. 1004.

¹¹ La LO 5/2010 derogó otra figura delictiva introducida por la reforma de 2003 en el art. 325.2: la liberación, emisión o introducción de radiaciones ionizantes u otras sustancias en alguno de los elementos naturales del art. 325.1, “en cantidad que produzca en alguna persona la muerte o enfermedad que, además de una primera asistencia facultativa, requiera tratamiento médico o quirúrgico o produzca secuelas irreversibles”, a encauzar en lo sucesivo por la vía del art. 343 CP, en cuanto a los materiales o radiaciones ionizantes. Montaner Fernández, R., “Capítulo 19. Los delitos contra el ambiente”, en Silva Sánchez, J.M., (dir.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, Madrid, 2012, p. 516.

¹² Montaner Fernández, R., “Capítulo 17”, *op. cit.*, p. 377. Igualmente, Castelló Nicás, N., “Concepto, contenido y protección del medio ambiente en el delito del artículo 325 del Código Penal (su relación con el artículo 328 tras la reforma LO 5/2010 de 22 de junio)”, en Castelló Nicás, N. (dir.), *El cambio climático en España: análisis técnico-jurídico y perspectivas*, Madrid, 2011, pp. 337 y s.

¹³ De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Delitos...”, *op. cit.*, p. 294.

¹⁴ Torio López, A., “Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, p. 846.

¹⁵ Alonso Álamo, M., “Trama...”, *op. cit.*, pp. 159 y ss.; para un entendimiento sistémico, superador del ecocentrismo/antropocentrismo, en la línea de la “trama de la vida”, pp. 161 y ss.

¹⁶ Indica Loperena Rota que, en realidad, el Código Penal utiliza, al menos “tres expresiones distintas con probable intención unitaria: medio ambiente, recursos naturales y sistemas naturales”, “La perplejidad...”, *op. cit.*, p. 3575.

¹⁷ Montaner Fernández, R., “Capítulo 17”, *op. cit.*, p. 377.

¹⁸ Silva Sánchez, J.M., y Montaner Fernández, R., *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma legal y aplicación judicial*, Barcelona, 2012, p. 29.

¹⁹ De la Cuesta Aguado, P.M., “Algunas consideraciones acerca de la necesidad de protección del medio ambiente como bien jurídico”, *Anales de la Universidad de Cádiz*, XI, 1996, p. 274.

B) Incidencia y alcance de la reforma operada por la LO 1/2015

La reforma operada a través de la LO 1/2015 no ha afectado a la tradicional relación (“prolija”, “redundante o repetitiva”) de conductas (que sigue incluyendo hasta “las captaciones de aguas”) cuya provocación o realización directa o indirecta se contempla como núcleo del tipo penal. Tampoco al hecho de que deban recaer sobre los elementos naturales –atmósfera, suelo, subsuelo, aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos–, y hayan de producirse con contravención de las leyes u otras disposiciones normativas de carácter general protectoras del medio ambiente,

No por ello la incidencia de la LO 1/2015 deja de ser de la mayor importancia. En efecto,

- si con anterioridad a la reforma de 2015, aquellas conductas debían tener una aptitud nociva, consistente en el poder “perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales” o “la salud de las personas”;
- a partir de la LO 1/2015, basta para el tipo básico que causen o puedan causar, por sí mismas o conjuntamente con otros, daños sustanciales a
 - la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o
 - animales o plantas.

Referidas ambas a la calidad del aire, del suelo, de las aguas, o animales o plantas son dos, por tanto, las alternativas que combina este tipo básico bajo la misma conminación penal:

- la causación efectiva de daños sustanciales,
- con un supuesto de peligro (poder causar daños sustanciales).

La equiparación típica de conductas tan distantes merece ser muy criticada desde el prisma de la lesividad y genera un alto riesgo de distorsiones a la hora de la interpretación del precepto y, sobre todo, de la delimitación del alcance de un delito que debería ha-

berse construido simplemente sobre el poder causar, remitiendo a cualificación el hecho de la causación de daños sustanciales. En todo caso, y aunque la nueva fórmula pueda también apuntar a una mera aptitud, hay que mantener la interpretación anterior respecto de la naturaleza del peligro requerido por el nuevo art. 325.1; también a partir de 2015 la referencia al poder causar debe entenderse en la línea de los delitos de peligro hipotético, que es lo que habrá que verificar para afirmar la concurrencia del tipo en cuestión —no un peligro concreto—.

Advertido lo anterior, no parece en modo alguno inapropiada la alusión, en el tipo básico, a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, así como los animales o plantas, pues permite concretar el objeto de la agresión. En cuanto a la referencia a que los daños sean “sustanciales” —que necesariamente deberá ser concretada en la práctica—, va claramente dirigida a reservar la intervención penal a los supuestos de entidad, verdaderamente merecedores de la misma.

En todo caso, frente a la fórmula utilizada por el art. 325 (referencia directa por el tipo penal a la contravención normativa), es de insistir²⁰ en lo preferible que hubiera sido una alusión a la naturaleza “no autorizable” de los comportamientos en cuestión,²¹ por permitir un mejor tratamiento de las situaciones que pueden suscitarse. En efecto, al reconducir así los actos típicos a lo material y formalmente no susceptibles de autorización conforme a la legislación penal vigente, quedan directamente fuera del ámbito del tipo del injusto las conductas autorizables, pero que no cuentan con una autorización formal, las cuales deberían constituir simples ilícitos administrativos. Por otra parte, construido el tipo penal sobre la naturaleza no autorizable de los comportamientos, la presencia de una autorización no impide la concurrencia del tipo penal, sino que opera en el plano de la justificación, resolviéndose a través del error de prohibición las cuestiones suscitadas por la creencia errónea en la concurrencia de una autorización válida, cuando era nula o anulable, o incluso en casos de tolerancia administrativa de comportamientos legal o reglamentariamente no susceptibles de autorización.²²

²⁰ De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Cuestiones dogmáticas...”, *op. cit.*, pp. 37 y ss.

²¹ A favor de la interpretación en este sentido del tipo penal, Silva Sánchez, J.M., y Montaner Fernández, R., *Los delitos...*, *op. cit.*, p. 186. Véase igualmente al respecto Faraldo Cabana, P., “Art. 328”, *op. cit.*, p. 310.

²² De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Cuestiones dogmáticas...”, *op. cit.*, p. 38.

Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente

Por último, aunque no precisamente en importancia, la asimilación en los tipos básicos del causar y poder causar, derivada de la mera copia de una Directiva que no obliga a someter ambos supuestos a la misma conminación penal, generará inevitablemente la cuestión de la pena por imponer cuando sea efectiva la presencia del daño: ¿la misma que si, simplemente, concurre un peligro hipotético para los objetos mencionados en el art. 325.1? El respeto del principio de proporcionalidad impide aceptar la solución anterior y obliga a buscar otras respuestas más compatibles con éste y otros postulados fundamentales del Derecho penal. Siendo claro que el tipo penal requiere, como mínimo, el peligro hipotético para la calidad del aire, del suelo, de las aguas, o animales o plantas —el cual por definición concurrirá cuando se causen daños típicos (otra cosa es si todo o sólo una parte del peligro se tradujo en esos daños)—, parece lógico entender que la pena directamente prevista por el art. 325.1 es la reservada para los supuestos de peligro. Establecido lo anterior, siempre que la totalidad del peligro se haya traducido en un daño igualmente tipificado en otro(s) artículo(s) del Código Penal, el tratamiento del conflicto de normas deberá seguir la vía del conflicto de normas por resolver (si no por la regla de la consunción, puesto que la causación del daño se contempla ya en el art. 325.1) a través de la alternatividad (art. 8.4). Ahora bien, a falta de toda disposición expresa en el Código Penal que resuelva la cuestión en los delitos que nos ocupan, la aplicación de las reglas del conflicto de normas sólo debería tener lugar allí donde los bienes jurídicos afectados (en el delito de peligro y de lesión) sean idénticos o, cuanto menos, si “uno es instrumental del otro” y “la acción peligrosa haya tenido como destinatarios a los mismos sujetos que sufren la lesión”. Cuando éste no sea el caso, corresponderá apreciar un concurso de delitos, aplicando, en principio, el delito de peligro junto con la figura de lesión o daño (dolosa o imprudente) que en su caso proceda, en concurso ideal (art. 77.2 CP); y ello, mediante una interpretación correctora, a pesar de que la causación del daño se encuentre ya tipificada por el propio art. 325.1. Tampoco parece en ningún caso aceptable pretender sancionar penalmente los hechos a través del delito de contaminación, dejando la apreciación de los posibles daños a la responsabilidad civil. Esta opción, seguida en alguna ocasión por los tribunales en relación con el viejo art. 347 bis, sólo sería asumible cuando los resultados

producidos no fueran susceptibles de cobertura por tipificación penal alguna.

Sobre la base de lo previsto en el art. 325.1 se construyen los *tipos cualificados* del art. 325.2, que retoman el contenido de las dos modalidades básicas de contaminación introducidas en 1995, atendiendo a:

- si las anteriores conductas, por sí mismas o conjuntamente con otras, pueden perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales (prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años); o
- si se genera un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas (imposición de la pena de prisión en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado).

La primera modalidad se mantiene en la línea del anterior art. 325, describiendo un nivel de peligro a asimilar a los supuestos de riesgo hipotético.

Mayores problemas interpretativos puede suscitar, sin embargo, el cambio de tenor literal de la segunda de las modalidades recogidas. La alusión al riesgo “generado” podría en efecto apoyar la necesidad de que se trate de un peligro concreto. Ahora bien, la falta de otro calificativo delimitador del alcance del riesgo y el hecho mismo de la previsión de la misma solución punitiva que en el anterior art. 325 (mitad superior de la pena de prisión) justifican el que también en estos casos se defienda que se está ante un peligro hipotético, permitiéndose al juzgador adecuar la respuesta penal a la entidad del peligro mediante la posibilidad de elevación de la pena en grado, supuesto a reservar para los casos de peligro concreto y mayor gravedad.

En cuanto al carácter acumulativo o alternativo de ambos supuestos (ahora cualificados), su previsión en el mismo apartado del nuevo art. 325.2 será probablemente aducida como refuerzo de la postura que, en relación con el tipo básico del anterior delito de contaminación, defendía que la derivada del riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas era una agravación de segundo grado, construida sobre aquellos comportamientos que, además de rellenar los requisitos del tipo básico, pueden ya perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. La consecuencia de esta línea interpretativa es, con todo, muy insatisfactoria, pues lleva a la inaplicabilidad de

la segunda cualificación cuando las conductas básicas de contaminación ambiental, sin alcanzar la peligrosidad requerida para el equilibrio de los sistemas naturales, generan, sin embargo, un peligro para la salud de las personas, de aquí que deba mantenerse la naturaleza independiente de los dos supuestos cualificados; además, la posibilidad de elevación de la pena en grado, permitirá igualmente aquí adecuar mejor la respuesta penal cuando coincidan ambos.

El art. 327 recoge, por su parte, como nuevos tipos cualificados el contenido del anterior art. 326, que pasan ahora a ser cualificaciones comunes a los delitos de contaminación ambiental y a los relativos a instalaciones y residuos peligrosos para el ambiente, algo que debe ser saludado positivamente. Por extraño que parezca, quedan fuera de su ámbito de aplicación otras figuras delictivas del mismo capítulo III, a las que podrían resultar perfectamente aplicables, si no todas, al menos algunas de las cualificaciones.

III. Delitos en materia de residuos

La reforma de 2010 amplió el elenco de tipos penales en materia de residuos y otras sustancias peligrosas, recogiendo el anterior art. 328 hasta tres nuevas figuras, justificadas por el Preámbulo con base en lo dispuesto por la Directiva 2008/99/CEE, aprobada a nivel europeo tras la resolución por el Tribunal Europeo de Justicia del conflicto institucional generado entre Comisión y Consejo,²³ que derivó en la derogación de las Decisiones Marco 2003/80/JAI y 2005/667/JAI por parte de las Sentencias de 13 de septiembre de 2005 y de 23 de octubre de 2007, respectivamente.

En un “muy *sui generis* entendimiento de lo que es la transposición de la Directiva 2008/99/CE”,²⁴ cuyo

art. 3 “implica una toma de posición a favor de la protección penal ‘administrativizada’ del medio ambiente”,²⁵ el legislador español operó de forma sorprendente, requiriendo una diferente intensidad de ataque para cada una de las figuras delictivas y llegando en algún caso a asimilar penalmente el peligro con la causación del daño, técnica que, lamentablemente, y como ya se ha visto, ha hallado fortuna y se ha extendido al tipo básico de contaminación ambiental en el año 2015.

Además, añadió “confusión”²⁶ al utilizar –con “lamentable redacción”–²⁷ fórmulas diversas para aludir al ataque a los bienes de las personas y, en clara ruptura de la “homogeneidad con el art. 325”,²⁸ sustituir la expresión “equilibrio de los sistemas naturales”, recogida en los arts. 325 y 328.1, por la “calidad del aire, del suelo o de las aguas” o “animales o plantas”, listado que ha sido recuperado por el legislador en 2015 para la nueva formulación del tipo básico del art. 325.

La falta de suficiente reflexión y de todo criterio unitario se manifestó hasta en la inserción (en el núm. 2) del nuevo delito de explotación de instalaciones peligrosas, un cuerpo extraño en un precepto centrado en los residuos y desechos y que, por sus propias características y naturaleza, debería haber sido objeto de un artículo independiente. El hecho de que el art. 328 contuviera un conjunto de disposiciones comunes no tenía por qué haber sido obstáculo, pues no se entendía bien la razón de que esas disposiciones lo fueran sólo para los supuestos contemplados por el art. 328 y no para todos los delitos del mismo capítulo.

La LO 1/2015 ha revisado el contenido del anterior art. 328, colocando la disciplina de los residuos peligrosos para los recursos naturales y el ambiente en el art. 326 y derogando el discutido delito de establecimiento de depósitos o vertederos.²⁹

²³ De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Armonización penal en la Unión Europea”, en Arangüena Fanego, C., y Sanz Morán, A.J. (coords.), *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, Valladolid, 2008, pp. 153 y ss.

²⁴ Queralt Jiménez, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª ed., Barcelona, 2010, p. 938.

²⁵ Alonso Álamo, M., “Trama...”, *op. cit.*, p. 173.

²⁶ Montaner Fernández, R., “Capítulo 17”, *op. cit.*, p. 394.

²⁷ Y “aberrantes barbarismos”. Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico*, *op. cit.*, p. 1008.

²⁸ Castelló Nicás, N., “Concepto...”, *op. cit.*, p. 359.

²⁹ Contemplada ya en el tipo básico la posible contaminación del suelo a través de vertidos, excavaciones, aterramientos, inyecciones y depósitos, y siendo la entidad peligrosa requerida la del peligro hipotético, el margen dejado por el art. 325 para la incriminación de otras conductas específicas de afectación del ambiente por medio de instalaciones peligrosas o en relación con los residuos, resultaba realmente estrecho. Sin embargo, en línea con el art. 325 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980 y el art. 312 de la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983, el Código Penal de 1995 introdujo el art. 328, relativo al establecimiento de depósitos o vertederos de desechos o residuos, sólidos o líquidos, tóxicos o peligrosos, susceptibles de perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas. Reformado en 2003 y en 2010 en lo relativo a las penas previstas; tras la reforma de 2010 su contenido integró el art. 328.1 CP.

Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente

A) Gestión gravemente peligrosa de residuos

En línea con lo dispuesto por el art. 3 b) de la Directiva 2008/99/CEE, el art. 328.3 castigó (con pena de

pena de prisión de uno a dos años), a los que “en la recogida, el transporte, la valorización, la eliminación o el aprovechamiento de residuos, incluida la omisión de los deberes de vigilancia sobre tales procedimien-

El debate doctrinal y jurisprudencial se centró desde un inicio en la falta de necesidad y complejidad (Fuentes Osorio, J.L., “La creación de depósitos o vertederos del art. 328.1 CP: ¿acto preparatorio?”, *Cuadernos de Política Criminal*, 103, I, mayo de 2011, p. 134) de un precepto caracterizado por su ambigüedad, cuyas penas eran inferiores a las previstas para el delito de contaminación. A pesar de las decisiones jurisprudenciales orientadas “hacia la aplicación de la norma más favorable” (Castelló Nicás, N., “Concepto...”, *op. cit.*, p. 362), no resultaba razonable entender que pudiera tratarse de un tipo privilegiado, por la inexistencia de vulneración administrativa alguna. También se propuso distinguir entre depósitos o vertidos incontrollables (los del art. 325) y controlados, con menor riesgo de su liberación al exterior (los del art. 328), lo que justificaría su penalidad menor y el castigo por un delito consumado del art. 328 en concurso ideal con un delito de contaminación imprudente (art. 325.1 en relación con 331) de los supuestos de liberación al exterior o contacto entre los desechos o residuos y los correspondientes elementos naturales. Finalmente la búsqueda de sentido a una disposición, que parecía carecer del mismo, llegó por la vía de los términos empleados: en particular, el verbo “establecer” (De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Delitos...”, *cit.*, pp. 301 y s.) y el concepto de “depósito”, cuya polisemia fue resaltada por un destacado sector de la doctrina (Silva Sánchez, J.M., *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1999, p. 126). Marco de aplicación asumido fue por ello no la realización de vertidos o depósitos concretos (a tratar por la vía del art. 325 CP), sino más bien aquella actividad previa, si se quiere preparatoria, de creación o acondicionamiento de espacios o lugares donde depositar o verter las sustancias indicadas. El momento consumativo quedaba así identificado, simplemente, con la construcción de los depósitos o vertederos, lo que—contra el criterio mantenido por diversas sentencias— había de llevar a resolver técnicamente por la vía de la consunción (preferencia del art. 325 sobre el 328) (Montaner Fernández, R., “Capítulo 17”, *op. cit.*, p. 391) el conflicto de normas suscitado en caso de que al establecimiento del depósito o vertedero siguiera la provocación o realización por el mismo sujeto activo de algún vertido o depósito individual en el que tuviera lugar el contacto efectivo de los residuos o desechos con alguno de los elementos naturales mencionados por el tipo penal de contaminación. Ahora bien, de provocarse o realizarse el vertido por otro(s), el establecimiento del depósito constituiría, en realidad, un favorecimiento delictivo reconducible a la participación en los hechos mismos de vertido (Silva Sánchez, J.M., y Montaner Fernández, R., *Los delitos...*, *op. cit.*, pp. 186 y s.), lo que, por su significación inequívoca, no debía hallar obstáculo en la prohibición de regreso, incluso si se produjera con antelación a la fase de resolución delictiva del autor (Feijóo Sánchez, B., *Comportamientos de terceros en Derecho penal*, México, 2002, pp. 57 y 64 y ss.).

A la vista de lo anterior, relevantes posiciones doctrinales mantuvieron que, en realidad, lo que en el art. 328.1 se inculcaba como tipo autónomo no era sólo un “acto preparatorio”, sino igualmente una “tentativa de participación en la realización de vertidos o depósitos en sentido estricto” (Feijóo Sánchez, B., *Comportamientos...*, *op. cit.*, pp. 57 y 64 y ss.). En todo caso, llamaba la atención la distancia entre las penas previstas por el art. 328.1 y las que corresponderían a la calificación técnica indicada. Así, en los supuestos de vertidos o depósitos individuales constitutivos de un delito de contaminación peligrosa para el equilibrio de los sistemas naturales, siendo la pena generalmente indicada por el art. 62 la inferior en uno o dos grados, la tentativa de inducción o cooperación necesaria en el art. 325 ciertamente había de mantener para la prisión el mismo marco de duración del art. 328.1, pero no sucedía lo mismo en cuanto a la multa, que había de quedar muy por debajo de las previsiones al efecto del delito de establecimiento de depósitos o vertederos, el cual debería tener preferencia tanto en razón de la especificidad de los objetos como en aplicación de la regla de alternatividad (art. 8.4^o). Curiosamente la aplicación de las mismas reglas llevaba a otra solución en el segundo tipo básico del art. 325 (peligro para la salud de las personas), pues en un nuevo ejemplo de la incoherencia del legislador en el tratamiento de esta cuestión, la pena de prisión de la tentativa (p.e., de cooperación necesaria) se extendía entonces de 10 meses y medio a tres años y seis meses, superior, por tanto, a la previsión del art. 328.1.

El tipo penal requería, además, un elemento adicional: la aptitud para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas. Dos eran las posibles alternativas de interpretación que el tenor literal ofrecía: a) bien referir a los desechos o residuos la exigencia de la aptitud para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de la persona (Castelló Nicás, N., “Concepto...”, *op. cit.*, p. 366); b) bien entender que la aptitud nociva había de predicarse del establecimiento mismo de los propios depósitos o vertederos, los cuales, para ser típicos, no debían reunir las condiciones (de seguridad, medidas de control, etc.) requeridas para excluir, en el supuesto de que se realizaran depósitos, toda posibilidad de perjuicio grave al equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas. La primera de las alternativas ampliaba un alcance que se presentaba ya desde muchos puntos de vista como excesivo. Y, ciertamente, para su aplicación había que operar normalmente con base en presunciones (Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S., *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, 2011, p. 747), algo que siempre conviene evitar. Resultaba por ello recomendable seguir la segunda de las líneas indicadas, y referir la aptitud para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de la persona al modo en que se establecía el depósito o vertedero en sí, habida cuenta de la calidad y características de los residuos objeto de vertido o depósito en los mismos, algo perfectamente susceptible de prueba.

En todo caso, y frente a lo mantenido por la mayor parte de la doctrina, un análisis más detallado de la realidad de esta figura típica cuestionaba el que realmente se tratara de un verdadero delito de peligro hipotético. Si lo propio de esta modalidad de delitos de peligro posible es la doble exigencia de peligrosidad real de la acción y posibilidad de producción del resultado dañoso, aun cuando la aptitud peligrosa, en general, de un establecimiento de depósitos o vertederos—p.e., sin observar ninguna de las normas de seguridad requeridas para este tipo de residuos— pueda no presentar muchos problemas, la concurrencia del desvalor potencial de resultado—la posibilidad de producción de grave perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas— en modo alguno puede afirmarse sin la presencia de depósito o vertido efectivo alguno. De lo anterior derivaba la afirmación de que, en realidad, el tipo penal del art. 328.1 requería un nivel menor de peligro: bastando la aptitud peligrosa, en general, del comportamiento de establecimiento del depósito o vertedero. Y era precisamente la menor exigencia del nivel de peligro requerido (no hipotético, sino mera aptitud peligrosa) lo que permitía entender la colocación en estos supuestos a un mismo nivel valorativo del equilibrio de los sistemas naturales y de la salud de las personas, que contrastaba con la separación de ambos (y a efectos de pena) en el art. 325.

tos”, pusieran “en grave peligro la vida, integridad o la salud de las personas, o la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas”.

Frente al requerimiento de la Directiva,³⁰ se trataba claramente de un tipo de peligro concreto,³¹ que exigía, por tanto, la “efectiva comprobación”³² de la producción por parte de los comportamientos típicos de un resultado concreto de peligro para los elementos acabados de mencionar. Ahora bien, ya de entrada sorprendía que, siendo el nivel de agresión exigido para los recursos naturales o el ambiente (peligro concreto y grave)³³ mayor que el previsto por el art. 325 CP, la pena por imponer fuera menor que aquella de la modalidad básica de contaminación referida al equilibrio de los sistemas naturales (prisión de dos a cinco años). Y es que, habida cuenta de lo “difícil de imaginar”³⁴ de una puesta en peligro sin una emisión, vertido o depósito de los residuos en alguno de los elementos naturales, se llegaba al “contrasentido”³⁵ siguiente:

- si en las actividades descritas por el tipo penal se acababa produciendo el contacto entre los residuos y el correspondiente elemento natural, pudiéndose “perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”, las penas aplicables eran las del art. 325: prisión de dos a

cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años;

- mientras que, cuando a través del ineludible contacto lo que se producía era un peligro concreto y grave para “la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas”, la pena debía ser de prisión de uno a tres años, sin acompañamiento de multa ni de inhabilitación especial.³⁶ La causa de esta situación, sólo resoluble razonablemente mediante la aplicación de la regla de alternatividad (art. 8.4), se encontraba en la vía seguida a la hora de la trasposición de la Directiva 2008/99/CEE,³⁷ que en este punto no fue copiada, pues el art. 3 b) expresamente refería como verbos típicos: “causen o puedan causar”.³⁸

En todo caso, el distanciamiento no sólo se producía en cuanto al texto de la Directiva, sino también respecto de lo establecido por el art. 325, al prescindir de la alusión al “equilibrio de los sistemas naturales”. Tampoco coincidía plenamente la fórmula elegida con la del art. 328.3 (“muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas, o a animales o plantas”), no pudiéndose achacar esta

Grande era, con todo, el riesgo de que, en un ámbito tan normativizado como el de la gestión de este tipo de residuos o desechos, todo ello acabara simplemente identificándose con la mera inobservancia o desobediencia de aquellas normas técnicas de seguridad y control dirigidas a la prevención de riesgos en este tipo de instalaciones o establecimientos, sobrepasando lo tolerado por los principios de lesividad e intervención mínima en un nuevo y criticable adelantamiento de las barreras de protección.

El tipo penal del art. 328.1 también se distanciaba de la técnica seguida en el art. 325, en cuanto a la falta de referencia expresa a la necesidad de contravención de “las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente”. Ahora bien, sólo en apariencia se prescindía de la accesoriadad administrativa, al estar sujetos el tratamiento y gestión de este tipo de residuos o desechos a una intensa regulación y a la necesidad de autorización. Por otra parte, es en sede administrativa donde se precisan aquellas medidas y controles por respetar para el establecimiento de depósitos o vertederos de los residuos o desechos relevantes, con objeto de reducir al máximo la incidencia negativa de los mismos en el equilibrio de los sistemas naturales o para la salud de las personas. Resultaba por ello un contrasentido admitir como típicos en aquel marco, comportamientos que no resultaran administrativamente ilícitos, bien por su plena licitud de origen, bien por estar autorizados, lo que llevaba, por ejemplo, a afirmar que, “aunque no de forma expresa..., se estaba ante una norma penal en blanco” (Muñoz Conde, F., López Peregrín, C., y García Álvarez, P., *Manual de Derecho penal medioambiental*, Valencia, 2012, p. 284).

³⁰ Alonso Álamo, M., “Trama...”, *op. cit.*, p. 191.

³¹ Por todos, Castelló Nicás, N., “Concepto...”, *op. cit.*, p. 369 (y n. 384); Faraldo Cabana, P., “Art. 328”, en Faraldo, P. (dir.), *Ordenación...*, *op. cit.*, p. 313.

³² Muñoz Conde, F., López Peregrín, C., y García Álvarez, P., *Manual...*, *op. cit.*, p. 287.

³³ Sobre la dificultad de valoración de lo que sea “grave peligro”, Serrano Maíllo, A., y Serrano Maíllo, A., *Derecho penal. Parte especial*, 15ª ed., Madrid, 2010, p. 660.

³⁴ Muñoz Conde, F., López Peregrín, C., y García Álvarez, P., *Manual...*, *op. cit.*, p. 287.

³⁵ Castelló Nicás, N., “Concepto...”, *op. cit.*, p. 369.

³⁶ Criticó, con razón, Montaner Fernández (“Capítulo 17”, *op. cit.*, p. 398) la no previsión de la multa e inhabilitación, debido a la “gran utilidad” de estas penas respecto de supuestos delictivos como el presente, en particular, “desde un punto de vista preventivo, teniendo en cuenta el perfil de los sujetos activos”. Sin embargo, Faraldo Cabana, P., “Art. 328”, *op. cit.*, p. 319.

³⁷ Castelló Nicás, N., “Concepto...”, *op. cit.*, p. 369.

³⁸ Por ello, para Muñoz Lorente, J., Baucells Lladós, J., y Faraldo Cabana, P., “Delitos...”, *op. cit.*, era preciso interpretarlo en la línea del “peligro abstracto”, “aunque esa no sea la dicción literal del precepto, que es de peligro concreto” (pp. 393 y s.).

Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente

criticable diferencia de formulación –que no ayudaba a la clarificación del contenido del art. 328– a la propia Directiva, ya que en este punto tampoco fue transpuesta de un modo literal, dejando en el tintero hasta una parte de las conductas punibles, al no reproducir lo concerniente a “la posterior reparación de instalaciones de eliminación, e incluidas las operaciones efectuadas por los comerciantes o intermediarios (aprovechamiento de residuos)”, que sigue en el texto del art. 3 b) a “la vigilancia de estos procedimientos”.

Contrariamente a lo que sucedía en otros números del art. 328, la contravención reglamentaria no era aquí una exigencia típica explícita. Había de considerarse, sin embargo, implícita: dada la intensa regulación administrativa de estas actividades y su sujeción a un estricto régimen de autorización resultaban, en efecto, “inimaginables” ejemplos de injusto “sin incurrir al mismo tiempo en infracción de la normativa administrativa en materia de residuos”,³⁹ siendo la puesta en peligro grave lo que las más de las veces iba a permitir “distinguir el ilícito penal del administrativo”.⁴⁰

Incidencia de la LO 1/2015 (art. 326.1)

Apoyándose en la reconfigurada estructura del delito de contaminación ambiental (art. 325), el nuevo art. 326.1 –al que sigue correspondiendo la trasposición al Derecho español de lo dispuesto por el art. 3 b) de la Directiva 2008/99/CEE–, ha corregido el contrasentido de su precedente (art. 328.3), que, como se acaba de indicar, se presentaba como un delito de peligro concreto y grave para los recursos naturales o el ambiente castigado con penas inferiores a las del delito de contaminación ambiental del art. 325.

Al copiar, sin embargo, de manera más literal el texto de la Directiva 2008/99/CEE, se produce la tan censurable asimilación de los supuestos de causar y

poder causar, que ya se ha criticado más arriba, pues sugiere, como en el art. 325, que la pena prevista no se reserva sólo para los supuestos de peligro y es también la directamente aplicable a la producción de los resultados, lo que, volvemos a insistir, no debería aceptarse.

Además, la fórmula del art. 326.1 sobrepasa ampliamente el alcance del art. 325, al contemplar asimismo la causación de muerte o lesiones graves a las personas, algo no cubierto por los diferentes párrafos que regulan, en el art. 325, el delito de contaminación ambiental, el cual se queda en este plano en los supuestos de peligro.

En todo caso, y aun cuando a partir del tenor literal pudiera bastar la mera aptitud,⁴¹ un nivel de peligro menos exigente que el hipotético,⁴² también aquí, como en el art. 325, es la línea del peligro hipotético, la que deberá igualmente imperar a la hora de la interpretación del nivel de peligro requerido como mínimo por el tipo penal del art. 326.1.

Sigue faltando, asimismo, en contraste con la Directiva, la referencia a “la posterior reparación de instalaciones de eliminación, e incluidas las operaciones efectuadas por los comerciantes o intermediarios (aprovechamiento de residuos)”, como sucedía en el anterior art. 328.3.

Dos son los bloques de comportamientos incriminados por el nuevo art. 326.1:

- por un lado, la realización de un conjunto de actividades de gestión (recogida, transporte, valorización, transformación –introducida en 2015–, eliminación o aprovechamiento); y
- por el otro, la omisión del control o la falta de vigilancia adecuada de las mismas.

Ambos supuestos deben conectarse con el resultado y/o nivel de peligro tipificados,⁴³ que ahora se formulan como

³⁹ Hava García, E., “La reforma...”, *op. cit.*, p. 291. Similarmente, Silva Sánchez, J.M., y Montaner Fernández, R., *Los delitos...*, *op. cit.*, p. 197. También Castelló Nicás, N., “Concepto...”, *op. cit.*, p. 369.

⁴⁰ Montaner Fernández, R., “Capítulo 17”, *op. cit.*, p. 397.

⁴¹ Así, en relación con la fórmula de incriminación de la explotación de instalaciones en el anterior artículo 328.2, Faraldo Cabana, P., “Art. 328”, *op. cit.*, p. 213.

⁴² “Peligro abstracto puro”, para Muñoz Lorente, J., Baucells Lladós, J., y Faraldo Cabana, P., “Delitos...”, *op. cit.*, p. 393. Con todo, para Javato Martín estábamos ante un “tipo de lesión y/o de peligro posible o hipotético”. Javato Martín, A.M., “Artículo 328”, *op. cit.*, p. 1280.

⁴³ Lo que, en relación con el art.328.3 llevaba a Javato Martín (“Artículo 328”, *op. cit.*, pp. 128 y s.) a entender que en el caso de la modalidad omisiva se trataba de una “comisión por omisión”, la cual, como recordaba Olmedo Cardenete, en ausencia de lo dispuesto por el art. 328.3 habría sido en cualquier caso punible “por aplicación de las reglas contenidas en el art. 11 CP”. “Capítulo 34. Delitos sobre la ordenación del territorio, urbanismo, patrimonio histórico y medio ambiente (III). Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en Morillas Cueva, L. (coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, 2011, p. 758.

- bien, causar o poder causar “daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas, muerte o lesiones graves a personas” o
- bien, poder “perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”.

Han de referirse asimismo a “residuos”. El Código Penal sigue sin especificar “la naturaleza de los residuos” y no requiere explícitamente su peligrosidad.⁴⁴ Ahora bien, teleológicamente y por razones obvias, la peligrosidad de los residuos para los recursos naturales y el ambiente debe tomarse como una exigencia implícita del tipo penal. Esto no quiere decir que los únicos residuos aptos para integrar lo dispuesto por el presente artículo sean los calificados administrativamente como peligrosos desde la perspectiva ambiental. Ciertamente, la normativa administrativa se presenta en este plano como una referencia fundamental: la Ley 22/2011, de 29 julio de residuos y suelos contaminados, que ha venido a sustituir a la Ley 10/1998, describe las fases de gestión de los residuos y aporta relevantes definiciones de los conceptos utilizados por el tipo penal. Mas, como tantas veces se ha subrayado, conviene afirmar la autonomía a la hora de la integración de los términos empleados por la legislación penal; y, en este mismo sentido, tampoco tienen por qué alcanzar al ámbito penal las limitaciones establecidas por el art. 2 de la Ley 22/2011 en cuanto a su ámbito de aplicación.⁴⁵

Lo indicado no es incompatible con la importancia que, a efectos de la aplicación del presente precepto, alcanzan los residuos considerados peligrosos por la propia Ley 22/2011, que remite al contenido de su Anexo III y a las correspondientes disposiciones reglamentarias aprobadas por el gobierno con base en la regulación europea o internacional aplicable.⁴⁶

Frente a lo que sucedía con el art. 328.3, el tipo penal requiere ya de manera explícita la contravención normativa de leyes o disposiciones de carácter general, ahora bien, sin aludir a su carácter protector del ambiente. Sin embargo, para evitar situaciones muy complejas, ha de entenderse que así debe ser, por lo

que la contravención requerida habrá de ser de las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del ambiente, aunque el Código Penal no lo diga.

Como en 2010, sigue sin incluirse referencia expresa alguna a la calidad del sujeto activo, lo que apunta “teóricamente” a un delito común, aunque lo normal será que para su realización de modo penalmente relevante se requiera “un poder de dirección y decisión”.⁴⁷ El carácter especial del tipo del art. 328.3 se acentúa, además, en lo concerniente a la modalidad omisiva, que sólo puede realizarse por aquel sujeto específicamente obligado a asumir la vigilancia de los procedimientos afectados. Siendo muy alta la proliferación normativa en materia de seguridad, autoprotección, emergencias, etc. (con exigencia a las propias entidades de implantación y desarrollo de mecanismos de autorregulación, reflejados en sus propias regulaciones internas), se destacó ya en relación con su precedente cómo los deberes de vigilancia podrán encontrar en ocasiones su fuente en “normas técnicas de naturaleza privada”.⁴⁸ Por último, si en 2010 las penas previstas eran de prisión de uno a dos años, el nuevo art. 326.1 se remite en este plano a las penas “previstas en el artículo anterior, en sus respectivos supuestos”, de aquí que sobre el tipo básico—centrado en el causar o poder causar, por sí mismos o conjuntamente con otros, daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o animales o plantas, a los que se refiere el art. 325.1—habrán de estructurarse las correspondientes figuras cualificadas en la línea del art. 325.2, esto es, cuando concurra

- la posibilidad de perjuicio grave para el equilibrio de los sistemas naturales, y/o (no necesariamente, por tanto, de modo adicional)
- la generación de un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas.

El contraste entre las previsiones del art. 325 y las del 326.1 pone de manifiesto una importante diferencia en cuanto al tratamiento de la causación de muerte o lesiones graves a las personas, supuesto que, al no estar contemplado por el art. 325 (sí por el art. 326.1),

⁴⁴ Montaner Fernández, R., “Capítulo 17”, *op. cit.*, p. 395.

⁴⁵ Olmedo Cardenete, M., “Capítulo 34”, *op. cit.*, p. 757.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 758.

⁴⁷ Queralt Jiménez, J.J., *Derecho penal español*, *op. cit.*, p. 940.

⁴⁸ Lo que, a juicio de Silva Sánchez y Montaner Fernández, puede presentar problemas de resolución en algunos casos. *Los delitos...*, *op. cit.*, p. 196.

no tendrá pena específicamente prevista, por lo que, a pesar de su incriminación expresa por el art. 326.1, deberá aplicarse lo dispuesto en el art. 77.2 (concurso ideal). Máxime, una vez desaparecido el art. 328.5, que, introducido por la reforma de 2010, ordenaba expresamente que, “cuando con ocasión de las conductas previstas en los apartados anteriores se produjera, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los jueces o tribunales apreciarán tan solo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior”.

Respecto de la solución por adoptar ante lo insatisfactorio de la asimilación punitiva en un mismo plano de los supuestos de peligro (poder causar) y resultado (causar), se ha destacado ya más arriba cómo el respeto del principio de proporcionalidad obliga a una interpretación correctora que lleve al tratamiento por la vía de la alternatividad (art. 8.4) de los conflictos de normas, que se darán cuando la totalidad del peligro generado se haya acabado traduciendo en un daño tipificable por otra(s) vía(s); siguiendo la vía del concurso ideal (art. 77.2 CP) cuando no todo el peligro se agote en el daño, y ello a pesar de lo que directamente parece deducirse del tenor literal del art. 325.1.

B) Traslado de residuos

El apdo. c) del art. 3 de la Directiva considera ya el “transporte de residuos”, de aquí que el legislador español de 2010 incluyera el traslado peligroso entre las modalidades de gestión irregular de residuos tipificadas por el art. 328.3, precedente del nuevo art. 326.1, que igualmente lo recoge a la hora de la incriminación penal de la gestión irregular de residuos.

El apartado d) del art. 3 de la Directiva insiste, con todo, de nuevo en la necesidad de sancionar penalmente los traslados de residuos comprendidos en el art. 2, apartado 35, del Reglamento (CE) 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006.

Siguiendo su estela, el delito tipificado por art. 328.4 CP castigó con prisión de uno a dos años a quien “contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general traslade una cantidad importante

de residuos, tanto en el caso de uno como en el de varios traslados que aparezcan vinculados”.

Curiosamente, la diferente caracterización respecto de los objetos contemplados y el bien jurídico no se reflejó en la entidad de la pena, idéntica a la de la gestión irregular de residuos (art. 328.3), la cual sí se significaba, por el contrario, por el grave peligro concreto para la vida, integridad o la salud de las personas, o la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas.

En realidad, la única mención limitadora del alcance de este tipo penal –más propio del Derecho administrativo sancionador que del Derecho penal⁴⁹, y que abarcaba tanto el caso de uno como el de varios traslados que aparezcan vinculados (impidiendo la apreciación del delito continuado)⁵⁰–, fue la exigencia de que se tratara de “una cantidad importante de residuos”, expresión que no coincidía, sin embargo, con la del art. 3, c) de la Directiva, la cual habla de “cantidad no desdeñable”.

La reforma de 2015 (art. 326.2)

Construido sustancialmente sobre el texto del anterior art. 328.4, la reforma de 2015 ha venido a añadir una mención explícita en el art. 326.2 a que se esté ante “alguno de los supuestos a que se refiere el Derecho de la Unión Europea relativo a los traslados de residuos”.

El art. 2, apdo. 35, del Reglamento (CE) 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, identifica el traslado con el transporte de residuos destinados a la valorización o eliminación que se efectúa bien entre países, o entre éstos y

- los países y territorios de ultramar u otras zonas bajo la protección del primero,
- cualquier zona terrestre que no forme parte de país alguno con arreglo al Derecho internacional,
- la Antártida.

Se asimilan a ellos los transportes (con origen en un país) a través de alguna de las zonas indicadas, los realizados en el interior de un país atravesando alguna de esas zonas y que se inicien y terminen en este mismo, o los llevados a cabo desde una zona geográfica

⁴⁹ Silva Sánchez, J.M., y Montaner Fernández, M., *Los delitos...*, op. cit., p. 201.

⁵⁰ Montaner Fernández, M., “Capítulo 19”, op. cit., p. 533.

no sujeta a la jurisdicción de ningún país, con destino a alguno. El art. 326.2 se coloca expresamente en una posición residual, al centrarse en aquellos casos de traslados que queden “fuera del supuesto a que se refiere el apartado anterior”.

Como sucedía en el anterior art. 328.4, los traslados, para ser típicos, no tienen que referirse a residuos necesariamente dañinos o peligrosos. La ausencia de toda referencia a la producción de resultado alguno de lesión o de peligro, o a la necesidad de aptitud nociva para el ambiente de la conducta tipificada, hace además que estemos, como en 2010, ante un delito de mera actividad⁵¹ y de peligro abstracto,⁵² caracterizado por la pura y simple contravención de la regulación administrativa, lo que merece ser muy criticado⁵³ por la plena identificación de la ilegalidad penal con la ilegalidad administrativa⁵⁴ y debido a su contradicción con el “principio de intervención mínima”.⁵⁵

La reforma de 2015 ha venido a sustituir la referencia anterior a la “cantidad importante de residuos” por la expresión del art. 3 c) de la Directiva: “una cantidad no desdeñable de residuos”. No se subsana con ello la “indeterminación”⁵⁶ del texto anterior, que poco o nada ayudaba en el imprescindible esfuerzo de fijación del precepto,⁵⁷ careciéndose de criterios para su concreción, algo por hacer necesariamente caso por caso atendiendo a “la naturaleza de los residuos trasladados”⁵⁸ y entendiendo el término residuo como en el art. 326.1.⁵⁹ En esta línea, siguen teniendo sentido los esfuerzos doctrinales de compatibilización del precepto con las elementales exigencias de lesividad

e intervención mínima, que (como la proporcionalidad y el carácter subsidiario del Derecho penal)⁶⁰ no pueden dejar de respetarse “por muy importantes que sean los recursos medioambientales”.⁶¹ Propuso así la doctrina, respecto del art. 328.4, como ya se ha dicho, exigir para su aplicación “un mínimo de peligrosidad”,⁶² encontrando en la referencia a la “cantidad importante de residuos” la prueba de la que, a juicio del legislador, sería la “peligrosidad intrínseca de esta conducta para el medio ambiente”,⁶³ algo que puede seguir manteniéndose respecto de la “cantidad no desdeñable”. En todo caso, hay que reconocer lo limitado de esta vía, de exigencia de “presunción de peligrosidad abstracta”,⁶⁴ que únicamente permite declarar la conducta “atípica” si se prueba que, a pesar de la ilicitud del traslado, está completamente excluido el riesgo.⁶⁵ Como en casos anteriores el delito puede cometerse por “cualquiera”,⁶⁶ si bien por lo general serán sujetos activos quienes “desarrollen algún tipo de actividad empresarial (pública o privada)”.⁶⁷ Para terminar, por su amplitud y características, no son pocas las cuestiones concursales planteables. Resuelta su relación con el art. 326.1 (“fuera del supuesto a que se refiere el apartado anterior”), las más destacadas se suscitan en relación con el transporte de materiales nucleares o sustancias radiactivas peligrosas, castigado por el art. 345 con pena de uno a cinco años, multa de seis a 18 meses, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años: unas penas más elevadas, por tanto, que las del art. 326.2⁶⁸ (tres meses a un año de prisión, o multa de seis a 18

⁵¹ Gómez Rivero, M.C., “Lección XLIII. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial (adaptado al EEES)*, Madrid, 2010, p. 708.

⁵² Castelló Nicás, N., “Concepto...”, *op. cit.*, p. 367.

⁵³ Javato Martín, A.M., “Artículo 328”, *op. cit.*, p. 1280.

⁵⁴ “Accesoriedad extrema, totalmente rechazable, del Derecho penal respecto al Derecho administrativo”. Muñoz Conde, F., López Peregrín, C., y García Álvarez, P., *Manual...*, *op. cit.*, p. 288.

⁵⁵ Olmedo Cardenete, M., “Capítulo 34”, *op. cit.*, p. 759.

⁵⁶ Montaner Fernández, R., “Capítulo 17”, *op. cit.*, p. 399.

⁵⁷ En sentido muy crítico, por todos, Queralt Jiménez, J.J., *Derecho penal español*, *op. cit.*, p. 941.

⁵⁸ Montaner Fernández, R., “Capítulo 17”, *op. cit.*, p. 399.

⁵⁹ Serrano Gómez, A., y Serrano Maíllo, A., *Derecho penal*, *op. cit.*, p. 661.

⁶⁰ Berdugo Gómez de la Torre, I., “La protección penal del medio ambiente. Algunas cuestiones generales”, en Muñoz Conde (dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y la criminología. Estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, p. 1001.

⁶¹ Muñoz Conde, F., López Peregrín, C., y García Álvarez, P., *Manual...*, *op. cit.*, p. 286.

⁶² *Ibidem*, p. 288.

⁶³ Montaner Fernández, R., “Capítulo 17”, *op. cit.*, p. 400.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 400.

⁶⁵ Hava García, E., “La reforma...”, *op. cit.*, p. 291.

⁶⁶ Queralt Jiménez, J.J., *Derecho penal español*, *op. cit.*, p. 940.

⁶⁷ Montaner Fernández, R., “Capítulo 17”, *op. cit.*, p. 398.

⁶⁸ Muñoz Conde, F., López Peregrín, C., y García Álvarez, P., *Manual...*, *op. cit.*, p. 288.

Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente

meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de tres meses a un año). La presente previsión punitiva es, por cierto, sensiblemente inferior a la pena de prisión de uno a dos años aplicada por el anterior art. 328.4. Esto es algo razonable, dado el dislate que suponía la imposición en el traslado de residuos de las mismas penas que en la gestión irregular, la cual sí debía caracterizarse por el grave peligro concreto para la vida, integridad o la salud de las personas, la calidad del aire, del suelo o de las aguas, animales o plantas.

IV. Explotación irregular de instalaciones peligrosas

En línea con el art. 3 d) de la Directiva 2008/99/CE,⁶⁹ en 2010 castigó el art. 328.2 —con las penas previstas para el establecimiento de depósitos o vertederos de residuos o desechos tóxicos o peligrosos (art. 328.1)—⁷⁰ la explotación

- “contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general”;
- de determinadas instalaciones, caracterizadas típicamente tanto por la actividad desarrollada como por su dañosidad o capacidad lesiva. El tipo penal del art. 328.2 requería, en efecto, que se tratase de instalaciones dedicadas:
 - a la realización de actividades peligrosas, en general; o
 - al almacenamiento o utilización de sustancias o preparados peligrosos.

La descripción típica ha sido plenamente retomada por el nuevo art. 326 bis, salvo por lo que se refiere a la inclusión de un nuevo inciso final relativo a la potencialidad nociva. Similarmente al art. 326.1, el nuevo art. 326 bis integra así en los supuestos inculminados:

- no sólo los que causen o puedan causar:
 - la muerte o lesiones graves a personas o
 - daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas, animales o plantas.
- sino también, y alternativamente, aquellos que “puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”.

Penas: las “previstas en el artículo 325, en sus respectivos supuestos”.

Como en el anterior art. 328.2 y otras figuras del presente capítulo, el “círculo de posibles autores es muy reducido”:⁷¹ para explotar, “el sujeto activo debe sacar alguna utilidad de un negocio o industria en provecho propio”,⁷² lo que coloca naturalmente al tipo penal en “un marco empresarial”⁷³ y viene a dejar fuera “al personal subalterno y que materialmente no puede ser considerado de alta dirección”.⁷⁴

Por el contrario, es grande la amplitud e imprecisión del dictado típico de este delito que, por su propia “ubicación sistemática”, ha de ser contrario a los recursos naturales y el ambiente.⁷⁵ Ello obliga a un esfuerzo de reconducción del precepto a parámetros razonables, algo imprescindible a la vista de los comportamientos, en otro caso, incardinables en el tipo penal, y hasta para su adecuada discriminación de otros tipos que se ocupan igualmente de la utilización de sustancias o elementos asimilables;⁷⁶ como, por ejemplo, los explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas y asfixiantes, susceptibles de causar estragos, mencionados por el art. 348, o los comportamientos relativos a materiales nucleares o elementos radiactivos tipificados por el art. 345.

Así, si nos fijamos en los términos empleados,⁷⁷ la peligrosidad es el único elemento calificativo de las “actividades” (o incluso de las “sustancias o preparados”), lo que, “por su amplitud”, no resulta muy “significativo”.⁷⁸ Pues bien, habría que comenzar por

⁶⁹ Que se copió “casi literalmente”. Hava García, E., “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en Alvarez García (dir.), *Derecho penal español. Parte especial*, Valencia, 2011, p. 291.

⁷⁰ Prisión de seis meses a dos años, multa de 10 a 14 meses e inhabilitación especial para profesión u oficio (uno-dos años).

⁷¹ Queralt Jiménez, J.J., *Derecho penal español, op. cit.*, p. 939.

⁷² Silva Sánchez, J.M., y Montaner Fernández, R., *Los delitos...*, *op. cit.*, p. 190.

⁷³ Faraldo Cabana, P., “Art. 328”, *op. cit.*, p. 311.

⁷⁴ Queralt Jiménez, J.J., *Derecho penal español, op. cit.*, p. 939.

⁷⁵ Silva Sánchez, J.M., y Montaner Fernández, R., *Los delitos...*, *op. cit.*, p. 193.

⁷⁶ Muñoz Conde, F., López Peregrín, C., y García Álvarez, P., *Manual...*, *op. cit.*, p. 286.

⁷⁷ Serrano Gómez, A., y Serrano Maíllo, A., *Derecho penal, op. cit.*, pp. 659 y s.

⁷⁸ Queralt Jiménez, J.J., *Derecho penal español, op. cit.*, p. 939.

exigir que esa peligrosidad lo sea contra los recursos naturales y el ambiente, habida cuenta del capítulo en el que el delito se encuentra. En todo caso, la referencia a la legislación administrativa es ineludible, al encontrarse en ella no sólo los parámetros para valorar lo peligroso,⁷⁹ sino también posibles definiciones que pueden ser de interés a la hora de interpretar no pocos términos típicos: por ejemplo, en materia de residuos la legislación vigente regula pormenorizadamente el concepto de almacenamiento, que se identifica legalmente con el depósito temporal de residuos, con carácter previo a su valorización o eliminación.

Los desechos o residuos no son los únicos elementos abarcados por el art. 326 bis cuya definición puede encontrarse en normas pertenecientes a otras áreas. Tal es igualmente el caso, por ejemplo, de las “sustancias o preparados”, para cuyo entendimiento considera Olmedo Cardenete⁸⁰ de utilidad lo dispuesto en la legislación sanitaria. Ésta define a la “sustancia” como un elemento químico y sus compuestos naturales o los obtenidos por algún proceso industrial, incluidos los aditivos necesarios para conservar su estabilidad y las impurezas que inevitablemente produzca el proceso, con exclusión de todos los disolventes que puedan separarse sin afectar a la estabilidad de la sustancia ni modificar su composición. En cuanto al “preparado”, se asimila como la mezcla o solución compuesta por dos o más sustancias.

Todas estas referencias han de tomarse, no obstante, a título indicativo, sin que las definiciones de la normativa administrativa vinculen irremediablemente al juzgador penal a la hora de la interpretación y aplicación de los términos empleados por el correspondiente precepto.

Como en su precedente, la accesoriedad administrativa viene explícitamente plasmada en el tipo del art. 326 bis, cuyos comportamientos sólo pueden resultar punibles si tienen lugar “contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general”. También aquí omite el legislador, frente al modelo del art. 325, el que esas leyes o disposiciones de carácter general hayan de ser “protectoras del medio

ambiente”. Sin embargo, para evitar situaciones muy complejas,⁸¹ ha de entenderse que así debe ser, por lo que la contravención requerida será de las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del ambiente, aunque el Código Penal no lo diga.⁸² Por lo demás, y como ya se ha indicado más arriba, frente a la fórmula utilizada, hubiera sido preferible la referencia a la no susceptibilidad de autorización.

Conforme al art. 326 bis del Código Penal, las instalaciones a explotar, además de dedicarse a la realización de actividades peligrosas, en general, o al almacenamiento o utilización de sustancias o preparados peligrosos, han de presentar un rasgo adicional: “que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas, o a animales o plantas”, o bien “puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”.

Corregida la anterior omisión de la mención al equilibrio de los sistemas naturales, llama una vez más la atención la asimilación, en la línea del art. 326.1, del tratamiento de supuestos tan dispares, como son:

- las agresiones a la vida o salud e integridad de las personas,
- los daños a animales o plantas,
- los daños a la calidad del aire, del suelo, de las aguas, etc.,
- el perjuicio grave al equilibrio de los sistemas naturales.

La perplejidad llega al extremo cuando se observa que a ello se suma, también en este supuesto, la colocación al mismo nivel tanto de la causación efectiva de las agresiones o daños mencionados, como de la mera potencialidad nociva (“puedan causar”), alcanzando “el ataque contra la proporcionalidad”⁸³ niveles inimaginables.

Lo anterior lleva a reproducir respecto de esta figura delictiva cuestiones ya suscitadas con anterioridad. Así, frente a quienes consideran que, conforme al te-

⁷⁹ Silva Sánchez, J.M., Montaner Fernández, R., *Los delitos...*, *op. cit.*, p. 191.

⁸⁰ Olmedo Cardenete, M., “Capítulo 34”, *op. cit.*, p. 756.

⁸¹ Serrano Gómez, A., y Serrano Maillo, A., *Derecho penal, cit.*, pp. 659 y s.

⁸² Castelló Nicás, N., “Concepto...”, *op. cit.*, p. 366; Montaner Fernández, R., “Capítulo 17”, *op. cit.*, p. 395.

⁸³ Por todos, Queralt Jiménez, J.J., *Derecho penal español, op. cit.*, p. 939. En esta situación propone este mismo autor el entendimiento del “puedan causar” como “peligro concreto [...], puesto que la inmediatez, que motiva el incremento de pena, habla de su contigüidad” (*ibidem*, p. 940).

Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente

nor literal, puede bastar la mera aptitud,⁸⁴ es preciso insistir en que el nivel de peligro exigido ha de ser el mismo del art. 325: por tanto, el peligro hipotético. En cuanto a la presencia típica del verbo “causar” al mismo nivel que el “poder causar”, el respeto del principio de proporcionalidad obliga a buscar soluciones que distingan el tratamiento punitivo de los supuestos de peligro y de los casos consistentes en la producción de resultados. Y, en esta línea, aun desaparecida la regla concursal introducida en el art. 328.5 en 2010, es por la vía del concurso ideal por donde deberán encauzarse los supuestos de presencia, junto a las conductas peligrosas; y en relación de causalidad e imputación objetiva con éstas, de daños igualmente punibles a través de otros preceptos y que no agoten la totalidad del peligro tipificado por el art. 326 bis; ello a pesar de lo que estrictamente se deriva del dictado literal.

Además, como recordaba Montaner Fernández⁸⁵ respecto del art. 328.2, no se incluye la exigencia del art. 3 d) de la Directiva 2008/99/CE de que los peligros y/o resultados tengan lugar fuera de las instalaciones objeto de explotación, por lo que también resultarán abarcados por el art. 326 bis los producidos dentro de la misma, generándose los correspondientes problemas concursales con los delitos contra los derechos de los trabajadores. Y en todo caso, si las sustancias peligrosas llegan efectivamente a emitirse o liberarse pudiendo poner en peligro el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas, habrá de aplicarse el art. 325.⁸⁶

V. Disposiciones comunes

La nueva regulación introducida en el art. 328 CP por la L.O. 5/2010 no sólo incluía figuras delictivas básicas y cualificadas. También se añadieron, como disposicio-

nes comunes a todas ellas, la regla concursal ya aludida y la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La reforma de 2015 ha revisado igualmente este punto, colocando en el art. 327 los tipos cualificados del anterior art. 326. Ha derogado asimismo el contenido del anterior art. 328.5, referido a la gestión de recursos y explotación de instalaciones y con arreglo al cual⁸⁷ debía aplicarse la regla del concurso ideal (pena más grave en su mitad superior)⁸⁸ a aquellos supuestos en que, con ocasión de las conductas típicas (caracterizadas en su amplia mayoría como delitos de peligro), se acabara produciendo “un resultado lesivo constitutivo de delito”, lo que había que entender excluía a las faltas.⁸⁹ La doctrina defendió con razón que el precepto era “innecesario, incoherente y distorsionador”.⁹⁰ Al prescindir del límite recogido por el art. 77,⁹¹ generaba además un debate en torno a su aplicabilidad en estos supuestos, algo que sólo podía mantenerse mediante una analogía *in bonam partem* plenamente justificada en esta sede. A la misma solución se podía llegar aplicando los principios generales de la parte general, de aquí que tuviera pleno sentido proponer la desaparición⁹² de un precepto que, por cierto, el legislador no había considerado oportuno incluir respecto de otros delitos del mismo capítulo⁹³ y, muy en particular, para el delito de contaminación, en el que la posibilidad de que del peligro para el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas se derive un resultado lesivo era (y es) hasta más alta que en no pocos supuestos de los contemplados por el anterior art. 328.

1. Tipos cualificados

La reforma de 2010 extendió la aplicación a “cualquiera de los hechos previstos en los apartados anteriores” (del art. 328) de las cualificaciones de “los

⁸⁴ Faraldo Cabana, P., “Art. 328”, *op. cit.*, p. 213. Con todo, para Javato Martín se trataba de un “tipo de lesión y/o de peligro posible o hipotético”. Javato Martín, A.M., “Artículo 328”, *op. cit.*, p. 1280.

⁸⁵ “Capítulo 17”, *op. cit.*, p. 394.

⁸⁶ Muñoz Conde, F., López Peregrín, C., y García Álvarez, P., *Manual...*, *op. cit.*, p. 286.

⁸⁷ Y siempre que, en razón de las circunstancias, no pudiera aplicarse la consunción, por no haberse agotado la totalidad del peligro en el resultado lesivo producido. Castelló Nicás, N., “Concepto...”, *op. cit.*, p. 371. También al respecto, Faraldo Cabana, P., “Art. 328”, *op. cit.*, pp. 324 y s.

⁸⁸ Silva Sánchez, J.M., y Montaner Fernández, R., *Los delitos...*, *op. cit.*, p. 202.

⁸⁹ Olmedo Cardenete, M., “Capítulo 34”, *op. cit.*, p. 760.

⁹⁰ Muñoz Lorente, J., Baucells Lladós, J., y Faraldo Cabana, P., “Delitos...”, *op. cit.*, p. 395.

⁹¹ Hava García, E., “La reforma...”, *op. cit.*, p. 291; en el mismo sentido, Castelló Nicás, N., “Concepto...”, *op. cit.*, p. 371; Muñoz Lorente, J.M., Baucells Lladós, J., y Faraldo Cabana, P., “Delitos...”, *op. cit.*, pp. 391 y ss.

⁹² Javato Martín, A.M., “Artículo 328”, *op. cit.*, p. 1283.

⁹³ Muñoz Conde, F., López Peregrín, C., y García Álvarez, P., *Manual...*, *op. cit.*, 289; Montaner Fernández, M., “Capítulo 17”, *op. cit.*, p. 400.



apartados a), b), c) o d) del artículo 326”, las cuales, de concurrir, debían determinar la imposición de “las penas superiores en grado a las respectivamente previstas, sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código”.

La LO 1//2015, con mejor criterio, traslada, como se ha dicho, la regulación de estos tipos cualificados al nuevo art. 327, que pasa a ser aplicable tanto respecto de los delitos de contaminación como para la gestión de residuos y explotación de instalaciones (y no, lamentablemente, para el delito de grave daño a espacios naturales protegidos, recogido por el art. 330). Se evita así, por ejemplo, la sorpresa que suscitaba la no alusión por el art. 328.7 al “riesgo de deterioro irreversible o catastrófico”, que no resulta coherente con la naturaleza de peligro de la mayor parte de las figuras tipificadas por el anterior art. 328.⁹⁴

No es éste el momento de llevar a cabo un análisis de las circunstancias de clandestinidad, desobediencia, falseamiento u ocultación de datos y obstaculización de la actividad inspectora de la Administración, cuestionadas desde algunos sectores por su carencia de “mayor desvalor de injusto y tratarse simplemente de meras irregularidades o infracciones meramente formales de carácter administrativo”⁹⁵ y que por sí mismas suscitan una rica problemática, siendo sólo apreciables si concurren de forma dolosa.⁹⁶

En cuanto a la referencia a “sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código”, se debate igualmente su naturaleza, consecuencias y hasta su legitimidad, que algún sector doctrinal niega por “infracción del principio *non bis in idem*”.⁹⁷ Aun cuando la regla pueda apuntar al concurso real de delitos, ha de defenderse la aplicación del “concurso ideal siempre que pueda apreciarse una unidad de hecho entre la conducta agravada y el delito calificable autónomamente”,⁹⁸ debiendo criticarse igualmente la falta de toda previsión explícita para la concurrencia de más de una circunstancia.⁹⁹

2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 328)

Una de las novedades más destacadas de la reforma de 2010 fue la introducción en el Derecho penal español de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.¹⁰⁰ Regulada inicialmente en el art. 31 bis, a partir de la reforma de 2015 son ya los arts. 31 bis a 31 quinquies los que se ocupan de establecer las bases de esta forma de responsabilidad penal, de la que quedan excluidas las personas jurídico-públicas y entes asimilados (véase art. 31 quinquies).

La responsabilidad penal de las personas jurídicas puede derivar de los delitos cometidos

- bien “en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”;
- bien “en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”.¹⁰¹ El sistema es de *numerus clausus*: para que la responsabilidad sea exigible es preciso que se trate de un caso específicamente contemplado por el Código Penal. Pues bien, la reforma de 2015 ha unificado el tratamiento de esta cuestión, que en 2010 caminaba separadamente para el delito de contaminación ambiental (art. 327) y para los dis-

⁹⁴ Olmedo Cardenete, M., “Capítulo 34”, *op. cit.*, pp. 759 y s.

⁹⁵ Muñoz Conde, F., López Peregrín, C., y García Álvarez, P., *Manual...*, *op. cit.*, p. 289.

⁹⁶ Mendo Estrella, A., “La clandestinidad, la desobediencia y la falsedad como agravaciones específicas en los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2010, p. 230.

⁹⁷ Muñoz Conde, A., López Peregrín, C., y García Álvarez, P., *Manual...*, *op. cit.*, 2012, p. 289.

⁹⁸ Olmedo Cardenete, M., “Capítulo 34”, *op. cit.*, p. 743.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 743. Véase también Mendo Estrella, A., “La clandestinidad...”, *op. cit.*, pp. 231 y ss.

¹⁰⁰ De la Cuesta, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, *Revue électronique de l’AIDP / Electronic Review of the IAPL / Revista electrónica de la AIDP*, 2011, A-05, pp. 1 y ss.

¹⁰¹ Indica Montaner Fernández que ésta será por lo general la “vía de fundamentación” en relación con el delito ecológico. “Capítulo 19”, *op. cit.*, p. 518.

Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente

tintos tipos penales de residuos e instalaciones, no siendo del todo coincidente, lo que suscitaba ciertamente extrañeza. El nuevo art. 328 prevé de manera expresa y unitaria la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos tipificados por los arts. 325, 326 y 326 bis;¹⁰² pero, censurablemente, sigue sin aplicarse al delito de daño a espacios naturales protegidos del art. 330.

El art. 328 contempla como penas a imponer a las personas jurídicas, junto a las de las letras b) a g) del art. 33 (atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis), la pena de multa, que podrá ser:

- a) de uno a tres años, o del doble al cuádruple del perjuicio causado cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad.
- b) de seis meses a dos años, o del doble al triple del perjuicio causado si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

Se extiende de esta forma al delito de contaminación la regla introducida en 2010 para los delitos de residuos e instalaciones, por la que, al lado de la multa por cuotas, se preveía la posibilidad de un régimen de multa proporcional, con base en la entidad de los resultados lesivos producidos.¹⁰³ Esto puede hallar su fundamento en el hecho de la incriminación de supuestos típicos de lesión al lado de los tipos de peligro. En todo caso, la opción por un sistema u otro se rige por el criterio de la gravedad, por lo que hay que elegir la modalidad que lleve a una cantidad de multa “más elevada”.

En cuanto a la aplicación del art. 129, en 2010 los art. 327 y 328.6 eludieron “toda referencia al art. 129”. Sin embargo, la doctrina entendió, con razón, que esto no había de ser obstáculo para su aplicación

en estos supuestos a las empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el art. 31 bis, a la luz de lo dispuesto por el art. 129.2.¹⁰⁴ La solución continua siendo la misma tras la reforma operada por la LO 1/2015.

3. La sanción de la imprudencia

Los arts. 325 y ss. castigan infracciones penales dolosas, cometidas por tanto con conocimiento y voluntad de la realización de los elementos del tipo objetivo, habiendo indicado la jurisprudencia que basta con un dolo genérico, que será normalmente eventual.¹⁰⁵

Por las propias características y los términos empleados a la hora de la tipificación de los comportamientos punibles, amplio es el margen que se ofrece para el desconocimiento o conocimiento equivocado de alguno de los elementos típicos.¹⁰⁶ Además, el error de tipo incluirá igualmente en estos supuestos el desconocimiento o conocimiento equivocado sobre la “amplia y difusa”¹⁰⁷ normativa extrapenal a contravenir por exigencia explícita o implícita del tipo penal. En aplicación de lo dispuesto por el art. 14.1 CP, todos ellos, de ser vencibles, habrán de tratarse por la vía de la imprudencia, forma de comisión de los hechos punibles que el art. 3 de la Directiva obliga a castigar si se trata, “al menos”, de imprudencia grave.

Constituyendo la sanción de la imprudencia en el Derecho penal español un *numerus clausus* (art. 12), el art. 331 CP se ocupa de dar cauce a la misma para los delitos contra los recursos naturales y el ambiente, ordenando la imposición de “la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hayan cometido por imprudencia grave”. La gravedad de la imprudencia, que no cabe asimilar a su carácter inconsciente, habrá de medirse tanto por el grado de infracción de la norma de cuidado (o su prolongación

¹⁰² Aun cuando algunos autores consideran que esto “era de obligado cumplimiento conforme a lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Directiva 2008/99” (Hava García, E., “La reforma...”, *op. cit.*, p. 292; también Muñoz Conde, F., López Peregrín, C., y García Álvarez, P., *Manual...*, *op. cit.*, p. 279), lo cierto es que la Directiva no exige necesariamente que las personas jurídicas sean *penalmente* responsables, sino que se limita a reclamar la previsión de su responsabilidad (sin indicar la naturaleza de la misma) y la aplicación de “sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias”.

¹⁰³ Montaner Fernández, R., “Capítulo 17”, *op. cit.*, p. 401.

¹⁰⁴ Ramón Ribas, E., “Art. 327”, en Fardalo Cabana, P. (dir.), *Ordenación...*, *op. cit.*, p. 293.

¹⁰⁵ Castelló Nicás, N., “Concepto...”, *op. cit.*, pp. 357 y ss.

¹⁰⁶ Muñoz Conde, F., López Peregrín, C., y García Álvarez, P., *Manual...*, *op. cit.*, p. 291.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 262.

en el tiempo) como por su peligrosidad.¹⁰⁸ La aplicabilidad de lo dispuesto por el art. 331 respecto de algunos de los contenidos del anterior art. 328 no dejó de suscitar cierto debate doctrinal. Éste fue el caso de la regla del art. 328.5, que se refería sólo a “las conductas previstas en los apartados anteriores”. Aun cuando, literalmente, ello no comprendiera al art. 331, se compartía la necesidad de asegurar la vigencia de la regla concursal para los hechos castigados por el art. 331, con base en una “*exégesis in bonam partem*”.¹⁰⁹ En la actualidad ha desaparecido la anterior previsión concursal.

En el plano de los tipos cualificados sigue siendo posible la concurrencia de un tipo básico imprudente y un tipo cualificado doloso. El art. 327 fija como marco de influencia “los hechos a los que se refieren los tres artículos anteriores”, entre los que no se encuentra, literalmente, el art. 331. Ahora bien, en casos de error de tipo podría perfectamente concurrir un tipo cualificado doloso con el tipo básico imprudente, por lo que tiene sentido pensar en la extensión a estos supuestos de lo dispuesto por el art. 327.¹¹⁰

4. Otras disposiciones

Aunque colocadas fuera del Capítulo III, son plenamente aplicables a los delitos del art. 328 las disposiciones comunes del Capítulo V,¹¹¹ que conviene brevemente recordar.

- *Agravante específica*: El art. 338 ordena la imposición de la pena superior en grado cuando las correspondientes conductas “afecten a algún

espacio natural protegido”, lo que ha de entenderse que sucede si los hechos se realizan en su ámbito o pueden alcanzarle sus efectos.¹¹²

- *Atenuante específica*: Por su parte, el art. 340, en la línea de la atenuante genérica del art. 21.5, prevé la imposición de la pena inferior en grado para el caso de que se hubiere procedido por el culpable “voluntariamente a reparar el daño causado”. Ambas regulaciones se separan, con todo, tanto en sus efectos como por lo que respecta a los requisitos legalmente exigidos: el culpable ha de actuar “voluntariamente”, algo no aludido por el art. 21.5a y que suscita la cuestión del momento oportuno de la reparación, que en la atenuante genérica debe hacerse antes del juicio oral. Por otra parte, en la atenuante genérica se asimila a la reparación la disminución de los efectos. Todo ello aconsejaría la sustitución de la actual regulación por una previsión simplemente ampliatoria de la atenuante genérica con el fin de abarcar los casos de voluntaria disminución de los efectos del delito.
- *Medidas cautelares y de restauración del equilibrio ecológico perturbado*: Por fin, el art. 339, también reformado en 2010, ordena en la actualidad a jueces y tribunales (antes era potestativa) la adopción motivada, “a cargo del autor del hecho”,¹¹³ de medidas encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados”.¹¹⁴

¹⁰⁸ Ramón Ribas, E., “Artículo 331”, en Faraldo Cabana, P. (dir.), *Ordenación...*, *op. cit.*, pp. 365 y s.

¹⁰⁹ Olmedo Cardenete, M., “Capítulo 34”, *op. cit.*, p. 760.

¹¹⁰ Silva Sánchez, J.M., y Montaner Fernández, R., *Los delitos...*, *op. cit.*, pp. 142 y s. Véase también Ladrón Pijuan, L., “La posibilidad de comisión por imprudencia del artículo 326 del Código Penal”, *Revista de Ciencias Penales. Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, vol. 1, núm. 2, 1998, pp. 345 y ss.

¹¹¹ De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Delitos...”, *op. cit.*, pp. 305 y ss.

¹¹² Para “controlar los límites del tipo cualificado” propusieron Silva Sánchez y Montaner Fernández requerir como afectación “la propia del art. 325, es decir, la puesta en peligro grave del sistema natural representado por éste”. *Los delitos...*, *op. cit.*, p. 207.

¹¹³ ¿A cargo únicamente del “autor material” o también de otros posibles responsables? Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico*, *op. cit.*, p. 1038; favorables a la interpretación en un sentido amplio, Muñoz Lorente, / J., Baucells Lladós, J., y Faraldo Cabana, P., “Delitos...”, *op. cit.*, pp. 369 y s.

¹¹⁴ Conviene, en cualquier caso, recordar, con Loperena Rota que “restaurar el medio ambiente es en nuestro ordenamiento una función administrativa incondicionada”, “Administración pública y restauración ambiental”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 634, 2004, p. 1.



Beccaria en nuestra América



Sergio García Ramírez

Universidad Nacional Autónoma de México

RESUMEN: En este artículo el Dr. Sergio García Ramírez aborda las diversas maneras en que el pensamiento y la obra de Cesare Beccaria influyeron en la evolución política y jurídica en “nuestra América”, aludiendo al famoso ensayo de José Martí. García Ramírez, profundo conocedor de la obra beccariana, escribe acerca de cómo el pensamiento del célebre penalista italiano “se abrió camino” en el nacimiento de las repúblicas americanas con sus esbozos constitucionales y declaraciones de independencia basadas en las exigencias de justicia, legalidad, igualdad y humanidad.

PALABRAS CLAVE: Cesare Beccaria, América, Ilustración, justicia, penalidad, sistema penal.

ABSTRACT: In this paper Ph.D. Sergio García Ramírez addresses the different ways in which the thinking and work of Cesare Beccaria had influence on the political and legal evolution that took place in “our America”, as the famous essay of José Martí used to say. García Ramírez, well-versed in Beccaria’s work, writes about how the thinking of the celebrated Italian criminal lawyer “made its way” in the early American republics with their constitutional first drafts and declaration of independence based on the demands of justice, legality, equality and humanity

KEY WORDS: Cesare Beccaria, America, the Age of Enlightenment, justice, penalty, criminal system.

Rec: 18-11-2014 | Fav: 04-06-2015

Beccaria en nuestra América

Miraré mi tema con ojos americanos, de lo que José Martí llamó “nuestra América”:¹ territorio, población y cultura que se extienden entre el río Bravo y la Patagonia. Es la América desplegada en el escudo de mi Universidad, la Nacional Autónoma de México, con la estampa y el lema que estableció el rector José Vasconcelos.² También aquí se recibió la buena nueva beccariana. Arribó cautelosa —como la primera edición de Liorna—, con los vientos de la Ilustración y la Revolución. Desembarcó sorteando baluartes, mejor dispuestos para disuadir la cultura que para detener a los piratas. Y se abrió camino en la formación de repúblicas inciertas, acostumbradas al cadalso y al tormento.

Un antiguo maestro en la Universidad de México —Raúl Carrancá y Trujillo, discípulo de Jiménez de Asúa y autor del primer tratado de Derecho penal moderno en Iberoamérica,³ según la modernidad de su tiempo— me atrajo a las andanzas del marqués, que ya para ese entonces llevaba un siglo y medio entre nosotros. Me hice del librito en la traducción que vio la luz en Puebla, elaborada por un devoto beccariano: Constancio Bernaldo de Quirós, español transterrado.⁴ Así llamaba José Gaos, ex rector de la Universidad Central de Madrid, a los migrantes republicanos.⁵ Don Constancio agregó a su traducción un estudio fervoroso.⁶

Conservo ese libro con las notas que alojaron mis hallazgos. Andando el tiempo conté con un ejemplar

de la edición príncipe, que horrorizó a los Facchinei que se le opusieron,⁷ e irritó al *Índice* que la proscribió.⁸ A la edición facsimilar preparada por el Fondo de Cultura Económica agregué un estudio sobre el autor, su obra y su circunstancia —como recomienda Ortega en la meditación del Quijote—. ⁹ En una publicación de 2014 milita al lado de John Howard, el *country gentleman* inglés metido a insigne penitenciario.¹⁰

He ahí dos insólitos personajes antípodas en el temperamento y el comportamiento, pero coincidentes en el destino. Poseyeron —resume Elías Neuman— “el mismo acento de vehemente sinceridad [...] y el mismo empeño de abrir paso a las razones del futuro”.¹¹ Uno, aristócrata, se formó en el coloquio de los iracundos que hacen la revolución sin prescindir de la tertulia; colega de Pedro Verri, alterado por el espectáculo de la tortura, y de Alejandro Verri, *protettore dei carcerati*, ombudsman de los presos en espera de la horca. Beccaria concluyó su rebelión en el *mezzo giorno* de su existencia, la hora marcada en la *Comedia* para otras correrías. Había alcanzado su cenit enarbolando una doble bandera: la piedad y la razón.

El otro personaje, con su *covenant* sobre el pecho,¹² consumó un recorrido de 40 000 millas en Europa.¹³ Caminante sin reposo —la continua estancia en un lugar “abate mi espíritu”, advertía—,¹⁴ visitó y denunció prisiones y lazaretos, de Portugal a Crimea.

¹ Cfr: Martí, José, “Nuestra América”, *La Revista Ilustrada*, Nueva York, 10 de enero de 1891, y *El Partido Liberal*, México, 30 de enero de 1891. Para una revisión de este tema en la producción martiana, cfr. José Martí, *Nuestra América*, Fundación Biblioteca Ayacucho, Caracas, 2005.

² Cfr: “El nuevo escudo de la Universidad Nacional”, en José Vasconcelos, *Discursos 1920-1950*, Botas, México, 1950, p. 13.

³ Acerca de ese tratado escribe Jiménez de Asúa: “Tiene el insuperable mérito de haber sido el primer Tratado en Iberoamérica que, con sistema moderno, expone la dogmática penal”. Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, La Ley, Buenos Aires, 1946. El penalista español se refería a la obra de Carrancá y Trujillo, *Derecho penal mexicano. Parte general*, cuya primera edición apareció en 1937.

⁴ *Tratado de los delitos y de las penas*, trad. Constancio Bernaldo de Quirós, Cajica, Puebla, 1957.

⁵ Cfr: Gaos, José, en VV.AA., *El exilio español en México. 1939-1962*, FCE, México, 1982, p. 776.

⁶ “César Beccaria y su libro”, *Tratado de los delitos y de las penas*, op. cit., pp. 7 y ss.

⁷ Facchinei impugnó el libro de Beccaria en *Note ed osservazioni sul libro intitolato Dei delitti e delle pene* publicado en 1764: “obra horrible, envenenada, de una licencia dañosa, infame, é impía”. Véase la contestación en “Respuesta a las notas y observaciones de un fraile dominico, sobre el libro *De los delitos y de las penas*”, que se reproduce parcialmente en Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, México, facs. de edición española de 1822, Porrúa, México, 1982, p. 337.

⁸ Cfr: Del Val, Juan Antonio, “Introducción”, en Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, trad. Juan Antonio de las Casas, Alianza, Madrid, 1968, p. 14.

⁹ García Ramírez, Sergio, “Estudio introductorio. Beccaria: el hombre, la circunstancia, la obra”, en César Beccaria, *De los delitos y de las penas*, facs. de la edición príncipe en italiano de 1764, seguida de la traducción de Juan Antonio de las Casas de 1774, 1ª ed., 2ª. reimp., FCE, México, pp. 7 y ss. Este estudio, junto con el correspondiente a John Howard, que se menciona en la nota 10, quedaron integrados en mi libro *Los reformadores. Beccaria, Howard y el Derecho penal ilustrado*, IJ-UNAM/Inacipe/Tirant lo Blanch, México, 2014.

¹⁰ Cfr: Howard, John, *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*, trad. Esteban Baca Calderón, estudio introductorio de Sergio García Ramírez, “John Howard: la obra y la enseñanza”, FCE, México, 2003.

¹¹ Neuman, Elías, *Prisión abierta. Una nueva experiencia penológica*, Depalma, Buenos Aires, 1962, p. 46.

¹² En el *covenant* que portó hasta su muerte manifestaba sumisión a la voluntad de Dios. Cfr: Constancio Bernaldo de Quirós, *Criminología*, Cajica, Puebla, 1948, p. 279

¹³ *Idem*.

¹⁴ *Idem*.

El *high sheriff* de Bedfordshire que polemiza con monarcas —José II de Austria¹⁵— y arriesga el encierro en La Bastilla, admiró la obra de Beccaria. Lo llamó el “bondadoso marqués” y lo citó sobre la prevención de los delitos, el rigor de las cárceles, el tormento, la pena de muerte y el infortunio de los deudores sometidos a prisión.¹⁶

Dei delitti e delle pene —sostiene Badinter— figura en la “pléyade de las obras esenciales”, a lado de *El espíritu de las leyes*, *El contrato social*, *¿Qué es el Tercer Estado?* y *El capital*.¹⁷ Sin duda, ha sido una guía puntual para viajeros de la justicia. Es la encarnación literaria de Jano. Mira hacia el pasado y observa hacia el porvenir, que es nuestro presente y acaso nuestro futuro.

En su tiempo clareaba la revolución en las ideas y las prácticas de la justicia penal. En los *Cahiers de doléances* para los Estados Generales¹⁸ fluyeron las quejas contra el sistema penal del absolutismo. Ortolan refiere que los cuadernos de las tres órdenes “pedían unánimes (la) reforma de las leyes penales e indicaban las bases: la revolución social y política vino a operarla y a abrir la era del nuevo Derecho penal moderno”.¹⁹

Esas quejas discurrieron en nuestra América en documentos de otro género pero con estirpe semejante: apremios insurgentes, planes y proyectos, esbozos constitucionales, declaraciones de independencia, en los que las reclamaciones políticas aparecían junto a las exigencias de justicia: legalidad, igualdad, humanidad.

En esa circunstancia europea se informó el modelo del Estado de Derecho, dice Ferrajoli: “En los siglos XVII y XVIII el Derecho penal constituyó el terreno en el que principalmente fue delineándose el modelo del Estado de Derecho”.²⁰ La idea del Estado de Derecho cruza —con otras expresiones— la obra de Beccaria, en oposición al estado de arbitrio, subraya Mario Pisani al invocar las reflexiones de Mondolfo.²¹ Sebastián Soler señala: “Las obras de Montesquieu y de Rousseau cambiaron la constitución de los Estados; la de César Beccaria dio una nueva concepción de la actividad represiva”.²² El siglo XVIII proclama “una necesidad general: la de destruirlo todo —escribe Ortolan—. Poco importa lo que haya de sustituirlo: abajo lo existente será el grito y la misión” de ese siglo.²³ Las propuestas de Beccaria se convertirían en ley,²⁴ y ésta en vida.

Es en el ámbito penal donde mejor se miran los pasos adelante y pueden temerse los pasos atrás. Ahí, Leviatán entra en la más dramática contienda con el ser humano cada quien bajo sus pendones. Y en la circunstancia americana hizo su propio trayecto la justicia penal; el continente americano se caracterizaba por la penalidad, no por la justicia.

El opúsculo de Beccaria ha recibido numerosas traducciones al español, lisas y llanas o provistas de extensos comentarios. Es un clásico a la mano. En cambio, la obra de Howard fue vertida al castellano en 2003,²⁵ aunque el autor y sus ideas fueran conocidos y elogiados por medio de alusiones y citas fragmentarias.

¹⁵ Cfr. Baldwin Brown, James, *Memoirs of the public and private life of John Howard, the Philanthropist: compiled from his own Diary, in the possession of his family; his confidential letters; the communications of his surviving relatives and friends; and other authentic sources of information*, 2ª ed., Thomas and John Underwood, Londres, 1823, pp. 465 y ss. Igualmente, Howard, D.L., *John Howard: prison reformer*, Archer House Inc., Nueva York, 1963, pp. 148 y 149; y José Ma. Ramos y Paz Anchorena, *Curso de Derecho penal. Penología*, t. III, núm. 6, Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1929, p. 64.

¹⁶ Cfr. Howard, John, *El estado de las prisiones...*, op. cit., p. 183; p. 213, nota 40; p. 249, nota 35; p. 262, nota 53, y p. 298, nota 97.

¹⁷ Badinter, Robert, “Beccaria, l’abolition de la peine de mort et la Révolution française”, en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy: international congress*, Castello Sforzesco, Milán, 15-17 de diciembre de 1988, Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale/Giuffrè editore, Milán, 1990, p. 36. Este artículo figura, igualmente, en *Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé*, núm. 2, abril-junio, 1989, pp. 235 y ss.

¹⁸ Cfr. Badinter, Robert, “L’abolition de la peine de mort...”, en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern...*, op. cit., p. 47.

¹⁹ Ortolan, M., *Tratado de Derecho penal*, t. I, trad. Melquiades Pérez Rivas, Leocadio López, Madrid, 1878, p. 8.

²⁰ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 3ª ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillas Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1998, p. 24.

²¹ Cfr. Pisani, Mario, “Asterischi argentine su Cesare Beccaria”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, t. I, XXXI, núm. 1, 2001, pp. 27 y 28.

²² *Derecho penal argentino*, 10ª reimp. total, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, p. 86.

²³ Ortolan, M., *Curso de legislación penal comparada*, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, Madrid, 1845, p. 145.

²⁴ José Antón Oneca cita la afirmación de Ellero: “setenta de las ochenta proposiciones contenidas en aquel [libro] han sido llevadas a la práctica, y muchas perduran en la actualidad”. *Derecho penal*, Akal, Madrid, 1986, p. 60.

²⁵ La primera traducción fue realizada en 2006 por Esteban Baca Calderón en México para el Fondo de Cultura Económica. Cfr. nota 10, *supra*.

Beccaria en nuestra América

De los delitos y de las penas —a veces titulado como “tratado”—²⁶ inició su itinerario de los Apeninos a los Andes, merced a Juan Antonio de Las Casas (Madrid, 1774). Esta edición, inicialmente anónima, incluyó las adiciones a la primera y adoptó la reordenación propuesta por Morellet.²⁷ Agregáronse otras traducciones:²⁸ una anónima, madrileña, de 1820; otra, de Juan Rivera, de 1821; una más, igualmente madrileña, cuyo editor firma “C.Y.”, de 1822;²⁹ otra de semejantes características, de 1851; una de Pascual Vincent, de 1879; otra, bonaerense, de 1945; y las de Bernaldo de Quirós, que ya mencioné, Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín³⁰ y, finalmente, “al amparo de una efímera fase de apertura política” —dice Luis Arroyo Zapatero—³¹ Francisco Tomás y Valiente, de 1974. Agreguemos, por supuesto, la edición preparada por el apreciado maestro Perfecto Andrés Ibáñez.³²

Beccaria recogió elogios y sufragios de sus lectores en idioma español, que secundaron los que iniciaran Voltaire, Diderot y D’Alembert. Sus méritos han dominado el paisaje y favorecido la adopción paulatina de sus propuestas. Fue premonitorio el epígrafe que Beccaria tomó de Bacon para el pórtico de su opúsculo;³³ los frutos llegan después de la siembra y la maduración. Así debía ocurrir, tratándose de una obra llamada a producir un “entusiasmo ardiente” y una “oposición violenta”.³⁴

La obra de Beccaria es producto de una circunstancia europea que de alguna manera sería también americana, con las variantes que imponen el tiempo y el espacio. Pensemos en círculos concéntricos que se desenvuelven en un proceso de creación continua.

Primero, el estado que guardaban la libertad y la tiranía, resumido en la rotunda fórmula de Rousseau: “El hombre ha nacido libre, y sin embargo, vive dondequiera encadenado”.³⁵ La justicia penal era el eslabón más poderoso de esa cadena.

Luego un segundo círculo, excitado por aquél: una nueva insurgencia pretendía atar las manos del poderoso y desanudar las del desvalido: quería demoler, en cada litigio, una Bastilla. Después, la circunstancia precipitante que pone en marcha un proceso a partir de un suceso: el caso Calas, en 1762, que irguió a Voltaire, y los de Sirven y el caballero de La Barre, después de Beccaria.³⁶ “El edificio del viejo derecho penal ardía lentamente —diría Von Liszt— [...] cuando un motivo externo sopló sobre él, levantando llamas”.³⁷

Algo semejante se podría decir de nuestra América. Despertaba de su sueño, en muchas repúblicas en ciernes, cada una con sus patibulos, sus picotas, sus inquisiciones, sus cárceles perpetuas, como las que flanqueaban la gran plaza de Santo Domingo en el corazón de México. Agréguese la heterogeneidad de las sociedades americanas, donde coexistían —porque no convivían— grupos estancos, pequeños mundos de extraños en recelo y en conflicto, reunidos por la geografía y enemistados por la sangre.

Añádase el pensamiento de la Ilustración y todo lo que pudo aportar, en este marco, el agregado beccariano que ingresaba por cada ventana abierta y cada palabra liberada, aunque lo hiciera de manera indirecta, sin acta de nacimiento. Operaron la Revolución, cuyas proclamas llegaron a lectores en la sombra, y el impulso de las Cortes de Cádiz, foro de una España imposible tendida en los flancos del océano.

²⁶ Que es el caso de la difundida edición española de 1822, con el comentario de Voltaire y otros documentos valiosos e ilustrativos, *apud* nota 7, e igualmente el de la edición poblana de Cajica, con traducción de Bernaldo de Quirós.

²⁷ Cfr. Tomás y Valiente, “Introducción”, en Cesare Beccaria, *De los delitos...*, *op. cit.*, p. 50, y “Carta primera a M. Beccaria”, *Tratado de los delitos...*, ed. de 1822, facs. Porrúa, *apud* nota 7, *supra*, p. 390.

²⁸ Al respecto, cfr. Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, 3ª ed., Losada, Buenos Aires, 1964.

²⁹ Citada en la nota 7 *supra*.

³⁰ *De los delitos y de las penas*, Temis, Bogotá, 1994, pp. 856-857; y Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro, y Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 2ª reimp., Ediar, Buenos Aires, p. 287, nota 86.

³¹ “La moderna política criminal en España y el pensamiento de Cesare Beccaria”, en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern...*, *op. cit.*, p. 189.

³² Así, César Beccaria, *De los delitos y de las penas*, trad. Francisco Tomás y Valiente, 1ª ed., Aguilar, Madrid, 1974. La edición, al cuidado del profesor Perfecto Andrés Ibáñez, es bilingüe y apareció bajo el sello editorial de Trotta, Madrid, 2011.

³³ “En las cosas difíciles, no hay que esperar sembrar y coger todo á la vez; es menester trabajar para hacer madurar, á fin de poder recoger un día los frutos que se han de sacar”.

³⁴ Sodi, Demetrio, *Nuestra ley penal. Estudios prácticos y comentarios sobre el Código del Distrito Federal de 1º de abril de 1872*, 2ª ed., t. I, Librería de la Vda. de Ch. Bouret, México, 1917, p. 17.

³⁵ *El contrato social o principios de derecho político*, Porrúa, México, 1969, p. 3.

³⁶ Cfr. Badinter, “L’abolition...”, en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern...*, *op. cit.*, p. 38.

³⁷ *Tratado de Derecho penal*, 3ª ed., t. I, trad. Quintiliano Saldaña, Instituto Editorial Reus, p. 389.

En Cádiz actuaron hombres de América.³⁸ Algunos provenían de las posesiones cuya representación ostentaban; otros residían en la península. Los hubo conservadores, moderados y liberales de gran vuelo, como Miguel Ramos Arizpe y Miguel Guridi y Alcocer, que se alzaron con las inquietudes del nuevo continente y luego llevaron a éste, a sus congresos y a sus batallas, ideas sostenidas en Cádiz. Ots y Capdequi destaca que las disposiciones sobre justicia penal son muy representativas “de la mentalidad imperante en los diputados de las Cortes de Cádiz”.³⁹ A la vieja normativa española “vinieron a agregarse los principios de libertad y de emancipación política” que figuraban en la Constitución y los decretos de las Cortes.⁴⁰

En la región americana, los flamantes ciudadanos que estrenaban libertades cifraron su primer empeño en la formación de instituciones políticas, más que en la revisión de instituciones judiciales. Aquello no podía aguardar; esto debía esperar su hora, aunque angustiara a los justiciables.⁴¹ Ocurrió en ambos extremos de América.⁴²

En nuestra América decimonónica hubo entusiasmas del pensamiento reformador y del propio Beccaria, presente con su nombre o con sus ideas. Resistieron el asedio de los impugnadores de diversa fragua, cada vez menos vigoroso en la medida en que avanzaban las ideas liberales. Las refutaciones llegaron muy tarde, si acaso acudieron, aunque no faltarían transitorias arremetidas en defensa del trono y las creencias.

La obra del marqués sobrevivió a todos los embates. No la mellaron ni el desdén con que se trató a sus restos, depositados en una fosa común,⁴³ ni los estudios de personalidad —por llamarles de alguna manera— que circularon en su perjuicio ni los cotejos desfavorables con otros reformadores, como Lardizábal —autor que merece el mayor aprecio—, de los que es ejemplo el ensayo de Francisco Blasco y Fernández de Moreda.⁴⁴ Alguna vez se dijo que los beccarianos,

poseedores de magros argumentos, coronaron a Beccaria con laureles arrancados de la frente del eximio fraile zamorano Alfonso de Castro.⁴⁵

Al hablar de América y desde ella es necesario tributar a la obra de Manuel de Lardizábal, eminente nativo de Tlaxcala, que vivió 20 años en su tierra de origen y a quien México y España reclaman como suyo, cuando puede ser de ambos. Se aproxima en varios extremos a Beccaria, pero también se aparta en puntos fundamentales, como la interpretación judicial, la pena capital —en la misma línea de Alfonso de Castro— y la medida de los delitos.

A los trabajos preparatorios de los primeros códigos penales llegó el pensamiento de Beccaria, directa o indirectamente; así, el Código de Bolivia, llamado Santa Cruz, que se inspiró en el español de 1822, y el *Código Criminal do Imperio*, de Brasil, influido por Pascalis Joseph Mello Freire, autor de un avanzado proyecto para Portugal y receptor, en éste, de la influencia del marqués.⁴⁶

En Cádiz se previó una legislación penal única⁴⁷ que pondría orden y daría sentido al mundo hispánico reconcebido en 1812. Crear una legislación implicaría —en la línea beccariana— suprimir el arbitrio. La idea no prosperó; no hubo unidad política ni legislativa. Con todo, el código de 1822, fruto del “Trienio Liberal”, sembró una semilla para España y para una parte de América. Entre nosotros, la codificación —que es línea de defensa, organizada, de la ideología penal— anduvo un buen trecho en el siglo XIX y consolidó su paso en la primera mitad del veinte.

Los redactores del Derecho emergente miraron hacia el ordenamiento de Francia y la doctrina derivada de éste, con el ímpetu de la gran Declaración de 1789. Ahí, Beccaria encontró su lugar en cuerpo y alma: díganlo los artículos 5, legalidad, donde engarza el dogma *nullum crimen sine lege*; 6, igualdad; 7, debido proceso, identificado con las palabras de su momento;

³⁸ Cfr. Hernández Mota, Juan Ignacio, *Visiones del México independiente. ¿Génesis y topos del liberalismo mexicano?*, DGE/Equilibrista, México, 2012, pp. 145 y ss.

³⁹ *Historia del Derecho español en América y del Derecho indiano*, Aguilar, Madrid, 1968, p. 321.

⁴⁰ Cfr. Macedo, Miguel, *Apuntes para la historia del Derecho penal mexicano*, Cvltura, México, 1931, p. 198.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 209 y 210.

⁴² Sobre Argentina, cfr. Sebastián Soler, *Derecho penal argentino...*, op. cit., t. I, p. 112.

⁴³ Cfr. Paolo Pilliteri, “Opening Adress”, en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern...*, op. cit., p. 4.

⁴⁴ Lardizábal, *El primer penalista de América española*, UNAM-Imprenta Universitaria, México, 1957.

⁴⁵ Cfr. Ambriz, Q., y Trinidad, J., *La teoría penal en Alfonso de Castro*, Cuadernos del Estado de México, Toluca, 1967, p. 9.

⁴⁶ Cfr. Zaffaroni, Raúl Eugenio, *Derecho penal...*, op. cit., pp. 288 y 289.

⁴⁷ Artículo 258: “El código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes”.

Beccaria en nuestra América

8, sentido y contenido de la pena; y 9, presunción de inocencia y prisión preventiva. Todo esto sería parte de la herencia que asumió el Derecho constitucional americano, a punto de nacer, el internacional de los derechos humanos, alumbrado muchos años después, y particularmente la sección que ahora me interesa: el interamericano.

Estas fórmulas que deshicieron —al menos en la animosa letra— el Derecho “atroz, desigual e injusto” que hallaron los revolucionarios, dice Esmein,⁴⁸ fueron legado para el mundo en proceso de renovación, y también, por supuesto, herencia para la fracción que construían los americanos. En Europa llegaban a su término —invoco la elocuente expresión que Beccaria incorporó a su opúsculo— aquellos “restos de la legislación de un antiguo pueblo conquistador [...] que componen la tradición de opiniones que una gran parte de Europa honra todavía con el nombre de leyes”.⁴⁹

En América, marchando de la Colonia a la Insurgencia, ocurriría un fenómeno similar. También habrían de llegar a su término —paso a paso— las disposiciones del antiguo régimen, que perseveró profundamente en el siglo XIX. En el Derecho americano de alborada está la honda huella de la reforma europea y de la obra de Beccaria.

El artículo 23 de la primera Constitución de México, antes de la consumación de la Independencia —decreto dictado en Apatzingán, en 1814— resolvió con una expresión cuyo origen es perfectamente reconocible: “La ley sólo debe decretar penas muy necesarias, proporcionales a los delitos y útiles a la sociedad”. El mismo país expidió en 1857 una luminosa constitución federal. Sin embargo, en 1860 se hallaban vigentes —informa el *Manual de práctica criminal* de Rafael Roa Bárcena—,⁵⁰ el Fuero Juzgo, las Partidas, las Leyes de Indias, la Nueva y la Noví-

sima Recopilaciones, esta última muchos años posterior a las determinaciones liberales y muy distanciada de ellas.

Era lenta la andanza de la reforma penal. Pero la luz en el fondo del túnel anunciaba el feliz advenimiento. En diversos viajes y por hondas razones acudían —como refiere Zaffaroni— “las legislaciones penales importadas de Europa para reemplazar la vieja legislación colonial”.⁵¹ El Derecho penal de nuestros países —con esfuerzos por constituir, en ocasiones, corrientes nacionales— provino de la codificación y la doctrina europeas, no del intercambio o la influencia recíproca de los propios Estados americanos.⁵²

La energía del poder, llevada a su máxima expresión, desencadenó una contrafuerza irresistible que finalmente se impondría: insumisión y reivindicación; energía humanitaria, y en todo caso liberal, que acabaría por ser también democrática. Era el prolongado final de una época y el difícil inicio de otra, un desgarramiento con frontera reticente; el orden social, la conciencia colectiva, no muere ni nace de pronto en las ideas. En términos de justicia penal, esto se traduciría en aboliciones, sustituciones y devoluciones.

Miguel Macedo, caudillo del penalismo mexicano en el tránsito entre los siglos XIX y XX, refirió los datos dominantes en la formación de la nueva sociedad, que concurren a la gestación del orden penal: humanitarismo filantrópico del siglo XVIII; “necesidad de reprimir el notable aumento en la criminalidad que habían producido los cambios políticos” y “exaltación de los odios y pasiones”.⁵³

Había disposición para recibir derechos y libertades pero también violencia criminal, que tenía en vilo al gobierno débil y a su justicia incipiente. “Desenfreno de las costumbres” y “exceso de criminalidad”, resume el cronista José María Marroquí.⁵⁴ Y todo ello mientras las fuerzas sociales liberadas disputaban el

⁴⁸ Esmein, Adhémar, *Précis élémentaire de histoire du Droit français de 1789 a 1814. Révolution, Consulat & Empire*, Rec. Sirey, París, 1911, pp. 249 y 250.

⁴⁹ “Al lector”, p. 207. A partir de aquí citaré fragmentos de la obra de Beccaria. Al hacerlo invocaré entre comillas los epígrafes que figuran en la edición del Fondo de Cultura Económica, trad. de Juan Antonio de las Casas, cit. nota 9 *supra*, con la adición del preámbulo incorporado por Beccaria en ediciones posteriores a la primera, que menciono en la nota 4, *supra*. Cito entre comillas el epígrafe bajo el que figura el texto citado y las páginas correspondientes en aquella edición.

⁵⁰ Cfr. Roa Bárcena, Rafael, *Manual razonado de práctica criminal y médico-legal forense mexicana*, Imp. de Andrade y Escalante, México, 1860, pp. 5-8.

⁵¹ “La influencia del pensamiento...”, en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern...*, op. cit., p. 527.

⁵² Cfr. Bustos Ramírez, Juan, y Valenzuela Bejas, Manuel, *Derecho penal latinoamericano comparado*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 9.

⁵³ Macedo, Miguel, *Apuntes para la historia...*, op. cit., p. 212.

⁵⁴ Marroquí, José María, *La ciudad de México*, t. I, Jesús Medina Editor, México, 1969, pp. 104 y 105.

poder y la gloria, utilizando a menudo los métodos penales que habían repudiado en el discurso y disimulado en la conducta.

En el siglo XIX y el primer tercio del XX, la cátedra y los motivos de la normativa americana invocaron a los juristas franceses y, ocasionalmente, al propio Beccaria; y luego a los tratadistas españoles e italianos. La corriente beccariana ingresó en todos los casos —o diré, con cautela: en casi todos— de esa era de formación y convicción. Así lo refieren quienes se han ocupado del desarrollo penal en el cono sur, especialmente en Argentina, siempre poderosa en estas disciplinas, y en el extremo norte, México, que también se hizo cargo de las corrientes liberales.

Nos corresponde mirar de nuevo hacia el marqués, salvando un cuarto de milenio. Mirarlo en puntos específicos que pudieran tender el puente hasta los americanos de esta hora. Traer a Beccaria a nuestros días y a nuestra tierra, negándole reposo. Si el autor y su tratado figuran en la galería de los clásicos, esto no significa que su tema, sus protestas, sus exigencias pertenezcan a la arqueología de los delitos y las penas, o que se haya confinado su pensamiento al continente europeo. Su pensamiento es internacional e intemporal, reitera Mireille Delmas-Marty.⁵⁵

Puedo valerme de la reflexión de Bernaldo de Quirós, que a su traducción agregó un epílogo bajo el rubro “Si volviera Beccaria...”.⁵⁶ En los países de América Latina sigue siendo obligada la referencia al marqués, como lo acreditan los estudiosos de su influencia y recepción;⁵⁷ por ejemplo: Nódier Agudelo Betancur,⁵⁸ de Colombia; Lolita Aniyar de Castro, de Venezuela; Bernardo Beiderman, de Argentina (quien precisa con acierto: el “ideario de César Beccaria pal-

pita con vibrante actualidad en la política criminal de las naciones latinoamericanas y también [...] en sede internacional latinoamericana”),⁵⁹ aunque a menudo las buenas leyes sean “catálogos de ilusiones”;⁶⁰ Paulo José da Costa, de Brasil; Eugenio Raúl Zaffaroni, de Argentina, y no pocos mexicanos. Ciertamente, el nombre y las ideas de Beccaria se hallan también, extensamente, en leyes, jurisprudencia y doctrina de otros países.⁶¹

La relectura de Beccaria, “consoladora y edificante”, como la halló Piero Calamandrei,⁶² deriva de lo que se ha conseguido y de lo que no en 250 años; y también de lo que pudiera perderse. En este sentido el tratado reviste actualidad y resulta incitante. Coincide con los trazos radicales de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.⁶³ Por ello, el *best seller* del marqués está más vivo que nunca, dice Cavanna,⁶⁴ y ha sido bastión del garantismo, mucho antes de que se difundiera este concepto, como señala Adela Asúa.⁶⁵

Para ponderar la actualidad de Beccaria baste con formular algunas preguntas: ¿se retrajo el orden penal a su dimensión inevitable?, ¿fue abolida la pena de muerte?, ¿desapareció la tortura?, ¿corre con fortuna la prevención del delito?, ¿los procesos penales son modelo de civilización y justicia?, ¿sirve la pena a los fines que pretende?, ¿prevalece la igualdad?, ¿cesó o aminoró siquiera la impunidad? Cien años después de Beccaria, Francesco Carrara —al refutar el jubiloso optimismo de algún colega, que creía concluida la tarea del marqués— no pudo “reprimir una irónica sonrisa de escepticismo ante esa supuesta terminación de la lucha”; no es posible “deponer las armas”.⁶⁶ Tampoco ahora.

⁵⁵ Cfr. “Le rayonnement international de la pensée de Cesare Beccaria”, en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern...*, op. cit., p. 136.

⁵⁶ Cfr. “Epílogo”, en Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos...*, op. cit., pp. 187 y ss.

⁵⁷ Cfr., los artículos de autores latinoamericanos en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern...*, op. cit., pp. 401 y ss.

⁵⁸ Cfr. Agudelo Betancur, Nódier, “Estudio preliminar. La actualidad del pensamiento de Beccaria. Qué nos dice Beccaria, hoy, a los juristas de Colombia y de Latinoamérica”, en Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas* (ed. latinoamericana), Santa Fe de Bogotá, 1992. Véase también Guzmán Mora, Fernando, y Pradilla Giraldo, Augusto, *Cesare Beccaria. Su influencia en el Derecho penal y en la criminología*, Universidad Militar Nueva Granada/Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 2006.

⁵⁹ “Vigencia del ideario de Beccaria en la política criminal latinoamericana”, en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern...*, op. cit., p. 414.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 415.

⁶¹ Cfr., respecto a países europeos, africanos y asiáticos, véase VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern...*, op. cit., pp. 153 y s.

⁶² Calamandrei, Piero, “Prefazione”, en Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Felice Le Monnier, Florencia, pp. 19 y 23.

⁶³ Cfr. Anstee, Margaret J., “Opening Adress”, en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern...*, op. cit., p. 10.

⁶⁴ Cavanna, Adriano, “Giudici e leggi nella Milano di Cesare Beccaria”, *Jus. Rivista di Scienze Giuridiche*, año XXV, núm. 1, enero-abril de 1989.

⁶⁵ Cfr. Adela Asúa, “Reivindicación o superación del programa de Beccaria”, *Estudios de Deusto*, 2ª época, vol. 38/2, fasc. 85, julio-diciembre de 1990, pp. 543 y 544.

⁶⁶ Francesco Carrara, “Conveniencia de una revista científica independiente de la jurisprudencia penal”, *Opúsculos de Derecho criminal*, vol. IV, trad. José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1976, p. 272.

Beccaria en nuestra América

Veamos ciertas resonancias beccarianas en nuestra América. Aquí nos abastecemos de dos fuentes que reciben y esparcen la mejor doctrina. Una fuente, la interna, recogida en el orden constitucional, cada vez más abierto a los derechos y las libertades, al paso que avanza la democracia —como dijo Giovanni Spadolini en un homenaje a Beccaria—⁶⁷ y un constitucionalismo real, no apenas nominal. Otra fuente, la externa, últimamente internalizada: el Derecho internacional de los derechos humanos, que asciende al bloque de constitucionalidad —a partir de la doctrina francesa— en varios Estados de América Latina.

La normativa interamericana se integra con numerosos instrumentos y actos derivados: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre —la primera en el mundo, en 1948, seis meses antes de la universal—, la Convención o Pacto de San José, algunos protocolos, varias convenciones especializadas y un sinnúmero de actos con el mismo signo: estatutos, reglamentos, opiniones, sentencias, recomendaciones, relatorías.

El impulso democrático latinoamericano tiene, a su turno, doble vena: la democrática formal y la democrática sustantiva. En esta segunda orientación —la más característica en este Continente, pese a incontables avatares, o quizás debido a ellos— también enlaza nuestra América con el hombre que propone consultar “el corazón humano” para encontrar los principios fundamentales del verdadero derecho de castigar⁶⁸ y que enjuicia el origen de leyes hechas por “hombres ricos y poderosos, que no se han dignado ni aun visitar las miserables chozas de los pobres”.⁶⁹ Algunos tratadistas latinoamericanos ponen énfasis en la conexión entre las ideas de Beccaria y una avanzada concepción democrática social.⁷⁰

Las resonancias de las que pretendo ocuparme tienen que ver con las piezas maestras del alegato beccariano, que hizo luz sobre las decisiones políticas fundamentales de la justicia penal, sus selecciones básicas: ¿qué son los delitos?, ¿quién es delincuente?, ¿cuáles son las consecuencias del delito?, ¿cómo se investiga, juzga y sentencia?, ¿cómo se ejecuta?⁷¹ Hubo respuesta para cada cuestión en *De los delitos y las penas*, como la hubo, paulatina, en el universo americano que desanudaba el lazo con la metrópoli y ensayaba sus pasos republicanos.

En ese catálogo de cuestiones hay un asunto de previo y especial pronunciamiento: ¿hasta dónde debe llegar el sistema penal?, ¿cuáles son sus fronteras, cuyo traspaso conduce al abismo?, ¿dónde deposita sus mandamientos: en la voluntad general o en el “inmenso arbitrio”, signo rector del antiguo régimen, en palabras de Boitard?⁷² Todo esto discurrió en el opúsculo del marqués y se localiza en el orden constitucional de América.

El carácter de ese sistema como último recurso pugna con el redoble de la justicia penal. Aquel designio custodia el lindero entre la tiranía y la libertad. Recordemos palabras de Beccaria:

en caso de haber una exacta y universal escala de las penas y de los delitos, tendríamos una común y probable medida de los grados de tiranía y de libertad y del fondo de humanidad, y de malicia, de todas las naciones [tiranía y libertad],⁷³ [el desbordamiento del pacto social] es abuso, y no justicia; es hecho, no derecho;⁷⁴ [en la escala de los desórdenes] están comprendidas todas las acciones opuestas al bien público, que se llaman delitos;⁷⁵ [el marqués se atiene a los delitos] que provienen de la naturaleza humana y del pacto social;⁷⁶ [su medida es el] daño hecho a la sociedad;⁷⁷ cada ciudadano debe saber cuándo es reo y cuándo es inocente;⁷⁸ [la ley es] el estable monumento del pacto social.⁷⁹

Recordemos palabras de Beccaria:

⁶⁷ Spadolini, Giovanni, “Opening Adress”, en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern...*, op. cit., p. 20.

⁶⁸ Beccaria, Cesare, “Origen de las penas”, op. cit., p. 216.

⁶⁹ *Ibidem*, “De la pena de muerte”, op. cit., p. 279.

⁷⁰ Cfr. Aniyar de Castro, Lolita, “Rasgando el velo de la política criminal en América Latina, o el rescate de Cesare Beccaria para la nueva criminología”, en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern...*, op. cit., pp. 404 y ss.

⁷¹ Cfr. García Ramírez, Sergio, “Panorama de la justicia penal”, en VV.AA., *La ciencia del Derecho durante el siglo XX*, IJ-UNAM, México, 1998, pp. 718 y ss.

⁷² Boitard, *Leçons de Droit criminel contenant l'explication complète des Codes pénal et d'Instruction criminelle*, rev. par Faustin Hélie, A. Cotillon et Cie., Libraires du Conseil d'Etat, Paris, 1880, p. 2.

⁷³ Beccaria, Cesare, “Proporción entre los delitos y las penas”, op. cit., p. 226.

⁷⁴ *Ibidem*, “Derecho de castigar”, p. 218.

⁷⁵ *Ibidem*, “Proporción entre los delitos y las penas”, p. 226.

⁷⁶ *Ibidem*, “De un género particular de delitos”, p. 311.

⁷⁷ *Ibidem*, “División de los delitos”, p. 230.

⁷⁸ *Ibidem*, “De la tranquilidad pública”, p. 237.

⁷⁹ *Ibidem*, “Oscuridad de las leyes”, p. 224.

El principio crucial *nullum crimen nulla poena sine lege* aparece en las constituciones y en las leyes de los Estados americanos. El aparato punitivo gira en torno a ese principio aunque esto no es garantía de que los tipos y las sanciones legales sean también legítimos. La formulación de tipos debe atenerse a la tutela de bienes jurídicos incorporados por la ley fundamental de la sociedad democrática, dice la doctrina mayoritaria de América Latina, que acoge un principio establecido: no utilizar “la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico”.⁸⁰

El legalismo beccariano obliga a revisar la función del juzgador —fuente del viejo Derecho punitivo—⁸¹ y el alcance de la interpretación judicial. Compete al magistrado declarar que un ciudadano ha violado el pacto. Pero debe hacerlo a través de “meras aserciones o negativas de hechos particulares”,⁸² en otras palabras, “asegurar un hecho”.⁸³ En efecto, ¿quién debe interpretar la ley: “el depositario de las actuales voluntades de todos, o el juez, cuyo oficio es sólo examinar si tal hombre ha hecho o no una acción contraria a las leyes?”⁸⁴ No puede —sería “peligroso”— “consultar el espíritu de la ley”.⁸⁵

En estos años decayó el apotegma que hacía del juez, en expresión de Montesquieu, “boca que pronuncia las palabras de la ley”.⁸⁶ El juzgador ha “destronado” al legislador, dice Francisco Rubio Llorente.⁸⁷ Pero es preciso destacar que el juez es “garante” de los derechos del enjuiciado⁸⁸ y para ello ejerce la interpretación “pro persona”, que suele ser “pro reo”. Así se desprende del nuevo constitucionalismo latinoamericano y, por supuesto, de la jurisprudencia interamericana.⁸⁹

Esa jurisprudencia acoge al Derecho penal mínimo, un orden “condicionado y limitado (que) corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de racionalidad y de certeza”.⁹⁰ En el tribunal interamericano se le invoca por su nombre y con su figura.⁹¹

Asimismo, la Corte se ocupa de establecer el sentido material y formal de la ley, para asegurar su título de legitimidad. E insiste en la acuciosa formulación de tipos penales. Así se declara en opiniones consultivas y sentencias de la Corte Interamericana⁹² que además ordenan la tipificación de violaciones graves,⁹³ rechazan la de conductas justificadas⁹⁴ y disponen la proporcionalidad de las penas.⁹⁵

⁸⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., p. 104.

⁸¹ “La antigua Francia —refiere René Garraud— tuvo un código de procedimiento civil y un código de procedimiento penal, pero nunca contó con un código penal ni con nada que se le asemejara”. Garraud, René, *Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Français*, t. I, Librairie de la Société du Recueil Sirey, París, 1913, p. 138.

⁸² Beccaria, Cesare, “Consecuencias”, op. cit., p. 219.

⁸³ *Ibidem*, “Indicios y formas de juicios”, p. 242.

⁸⁴ *Ibidem*, “Interpretación de las leyes”, p. 220.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 221.

⁸⁶ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, 4ª ed., trad. Nicolás Estévez, Porrúa, México, 1980, p. 108.

⁸⁷ Francisco Rubio Llorente, “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 606.

⁸⁸ Cfr. VV.AA., *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez*, Unión Europea/Ilanud, San José, Costa Rica, 1996.

⁸⁹ Cfr. *Caso Bayarri vs. Argentina*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 30 de octubre de 2008, párr. 67.

⁹⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., p. 104.

⁹¹ Cfr. mis votos particulares en los casos *De la Cruz Flores vs. Perú*, sentencia del 18 de noviembre de 2004, párr. 4, y *Kimel vs. Argentina*, sentencia del 2 de mayo de 2008, párr. 17. En este último caso señalé: “la Corte ha destacado la compatibilidad entre el llamado derecho penal mínimo y los valores y principios de la democracia, contemplados desde la perspectiva penal. El empleo del sistema de delitos —por incriminación de las conductas— y los castigos —por penalización de sus autores— contribuye a establecer la distancia entre la democracia y la tiranía, que siempre acecha. La desmesura penal vulnera el código jurídico y el sustento político de la sociedad democrática”.

⁹² “En la elaboración de los tipos penales se debe tener presente el principio de legalidad penal, es decir, una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad”. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia del 18 de agosto de 2000, párr. 157.

⁹³ Cfr. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 22 de septiembre de 2006, párr. 92.

⁹⁴ Cfr. *Caso de la Cruz Flores vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 18 de noviembre de 2004, párr. 102.

⁹⁵ Sobre proporcionalidad de las penas, cfr., por ejemplo, *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de mayo de 2010, párr. 150; y *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 108.

Beccaria en nuestra América

Beccaria repudió ciertas incriminaciones en boga: casos de lesa majestad,⁹⁶ pecado,⁹⁷ brujería —“un género de delitos que ha cubierto la Europa de sangre humana”—,⁹⁸ suicidio,⁹⁹ adulterio,¹⁰⁰ entre otras, y su acompañante del camino: deudas civiles.¹⁰¹ El marqués ayudó a despejar el campo y pugnó contra la incriminación del pensamiento, flagelo de su tiempo, con prolongaciones en el nuestro: a la intención, “parte [...] libre del hombre, no alcanza el imperio de las leyes humanas”.¹⁰²

Estos límites a la tipificación penal han sido observados generalmente —y lo siguen siendo— por la legislación americana, que en ocasiones, sin embargo, anticipa la punición: así ocurre cuando ésta se adelanta a través de la *conspiracy* desplegada en la batalla contra el crimen organizado. El péndulo americano no ha dejado de moverse: ora criminalizando, ora desincriminando. Los vientos encontrados recogen, a menudo, el pánico social.

El marqués examina la razón, el sentido y el alcance de la pena, clave de la potestad penal y de la sujeción del ciudadano. Legalidad y utilidad son sus hilos conductores. ¿Cuál es el fin de las penas? “Impedir al reo causar nuevos daños [...] y retraer a los demás de la comisión de otros iguales”.¹⁰³ Esta orientación no constituye, por supuesto, salvoconducto de la desmesura. Se detiene y establece linderos inamovibles: los del derecho penal mínimo: la atrocidad es “contraria a aquellas virtudes benéficas que son efecto de una razón iluminada”.¹⁰⁴

Al imponer las penas debe guardarse la proporción que logra “una impresión más eficaz y más du-

rable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo”.¹⁰⁵ Basta que el mal de la pena exceda al bien que nace del delito; “todo lo demás es superfluo y, por tanto, tiránico”.¹⁰⁶ A fin de cuentas, la medida beccariana de la pena queda bien establecida en el “teorema general” que cierra su obra: “para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser [...] necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos”.¹⁰⁷ Son palabras que acogería el artículo 15 de la Constitución francesa de 1793.¹⁰⁸

La igualdad ante la ley tiene expresiones propias cuando se trata de la norma penal, la que mayormente utiliza el monopolio weberiano de la violencia, ante hombres que comparecen en pie de absoluta desigualdad. Beccaria se pregunta: “¿Cuáles serán, pues, las penas de los nobles, cuyos privilegios forman gran parte de las leyes de las naciones?”¹⁰⁹ No se aventura en el examen de la injusticia social; se limita a la legal y resuelve, invocando la doctrina del contrato, que las penas deben “ser las mismas para el primero que para el último ciudadano”.¹¹⁰

En América Latina la desigualdad es un patrón social inveterado. La denunció Humboldt,¹¹¹ al paso que Tocqueville exaltó el espíritu igualitario en el origen de la sociedad norteamericana.¹¹² Si la justicia penal es desigualitaria, lo es en mayor medida donde existen abismos tan profundos entre la pobreza y la riqueza. Las 100 Reglas de Brasilia, sobre el acceso de los vulnerables a la justicia, reservan un capítulo a

⁹⁶ Beccaria, Cesare, “División de los delitos”, *op. cit.*, p. 231.

⁹⁷ *Ibidem*, “Errores en la graduación de las penas”, p. 229.

⁹⁸ *Ibidem*, “De un género particular de delitos”, p. 310.

⁹⁹ *Ibidem*, “Suicidio”, pp. 294-299.

¹⁰⁰ *Ibidem*, “Delitos de prueba difícil”, pp. 291-293.

¹⁰¹ *Ibidem*, “De los deudores”, pp. 301-303.

¹⁰² *Ibidem*, “Suicidio”, p. 296.

¹⁰³ *Ibidem*, “Fin de las penas”, p. 238.

¹⁰⁴ Beccaria, Cesare, “Consecuencias”, *op. cit.*, p. 219.

¹⁰⁵ *Ibidem*, “Fin de las penas”, p. 238.

¹⁰⁶ *Ibidem*, “Dulzura de las penas”, p. 272.

¹⁰⁷ *Ibidem*, “Conclusión”, p. 323. Bentham reconoce que Montesquieu y Beccaria se refirieron a esta cuestión y que el segundo “ha insistido sobre la importancia de ella; pero ambos la han más bien recomendado que explicado”. En seguida, el tratadista inglés se explaya en un capítulo acerca “De la proporción entre los delitos y las penas”. *Tratados de legislación civil y penal*, apud Esteban Dumont, trad. Ramón Salas, Editora Nacional, Madrid, 1981, pp. 297 y ss.

¹⁰⁸ “La ley sólo debe aplicar penas estrictas y evidentemente necesarias; éstas deben ser además proporcionales al delito y útiles a la sociedad”. Beccaria, Cesare, *op. cit.*

¹⁰⁹ Beccaria, Cesare, “Penas de los nobles”, *op. cit.*, p. 260.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 261.

¹¹¹ Cfr: Von Humboldt, Alexander, *Ensayo político sobre el Reino de la Nueva España*, 3ª ed., Porrúa, México, 1978, pp. 83 y ss.

¹¹² Cfr: De Tocqueville, Alexis, *La democracia en América*, 2ª ed., trad. Luis R. Cuéllar, FCE, México, 1963, pp. 67 y ss.

los pobres; para ellos el acceso debe remontar montañas.¹¹³ Y la pobreza es una condición transversal que cruza todas las formas de vulnerabilidad.

La jurisprudencia interamericana pretende aliviar las distancias con medidas de alivio y moderación de exigencias procesales, que evocan la enseñanza de Couture acerca de la igualdad por compensación y las reflexiones de Roberto Berizonce sobre las tutelas procesales diferenciadas.¹¹⁴ He aquí un problema lacerante que no se ha resuelto en nuestra América —¿y dónde sí?— y que se proyecta sobre el régimen de las penas.

El discurso de moderación punitiva, sujeto a un finalismo controvertido, prevalece en las constituciones de estos países americanos y en su acompañamiento secundario. Consagran el proyecto recuperador —que no debiera confundirse con un designio invasor— cuando hablan de readaptación o reinserción. Pero hay disposiciones iracundas, o peor aún, desesperadas, que extreman la privación penal de la libertad: si nos desembarazamos de la prisión perpetua, es a cambio de elevar desmesuradamente la punibilidad: por ejemplo, 140 años de prisión,¹¹⁵ privación vitalicia de la libertad.

Más allá del debate sobre aquellos conceptos, esto ha servido para que la jurisprudencia interamericana cuestione la extrema severidad de los castigos y recuerde a los Estados —a través de estándares empeñosamente procurados— el contenido y el alcance de su misión.

En el corazón del pensamiento beccariano está la pena de muerte, asunto radical del orden penal, sostuvo Antonio Beristáin.¹¹⁶ En América el Estado solía

—y no ha perdido la costumbre— aplicar la muerte por doble cuerda: ejecución extrajudicial y privación penal de la vida, solemnemente ejecutada. En suma: pena formal y pena informal. Su crónica se halla en todas las historias americanas. Se ha dicho, incluso —expresión de Marino Barbero Santos—, que la vergüenza de los Estados que se niegan a admitir la pena formal de muerte, conduce a esta forma criminal de aplicarla.¹¹⁷

Beccaria, en medio del “silencio de las conciencias” —escribe Badinter—, tuvo la audacia de proponer, con temeridad que se debe ponderar en su circunstancia, la abolición de la pena de muerte.¹¹⁸ Se ha dicho que fue abolicionista o sólo minimalista,¹¹⁹ es decir, cauteloso retencionista. Me parece lo primero, y en ello descansa la fortuna que tuvo su discurso. Elevó la voz contra toda pena capital, no sólo contra la muerte exacerbada —que era un dato de ese tiempo, narra Barbero Santos—¹²⁰ y multiplicada en una feria de conminaciones —que alarmó a Montesquieu, asombrado de que en Inglaterra hubiese “ciento sesenta (acciones) que un acto del Parlamento ha declarado crímenes [...] que deben ser castigados con la pena de muerte”—.¹²¹ Lector atento de Beccaria, el inglés Bentham proclamó: “Cuanto más se examina la pena de muerte, tanto más justa y racional parece la opinión de Beccaria”.¹²²

Calamandrei asegura que el marqués es el “primer negador absoluto de la legitimidad de la pena de muerte”,¹²³ y Badinter lo considera “padre fundador de la moderna doctrina de la abolición”.¹²⁴ En esto se esforzó Beccaria: “si demostrase que la pena de muerte no es útil ni es necesaria, habré vencido la cau-

¹¹³ Cfr. *100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad*, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 2007, reglas 15-16.

¹¹⁴ Cfr. Berizonce, Roberto, *Tutelas procesales diferenciadas*, Buenos Aires, 2009, pp. 15 y ss.

¹¹⁵ Así, en supuestos agravados de secuestro, conforme al artículo 11 de la Ley General para Prevenir y Sancionar Delitos en Materia de Secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 constitucional, según reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (México), el 28 de julio de 2014.

¹¹⁶ Beristáin, Antonio, “Pro y contra la pena de muerte en la política criminal contemporánea”, *Cuestiones penales y criminológicas*, Reus, Madrid, 1979, p. 579.

¹¹⁷ Barbero Santos, Marino, “Cesare Beccaria, la pena de muerte...”, en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern...*, op. cit., p. 73.

¹¹⁸ Cfr. Badinter, “L’abolition de la peine de mort...”, en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern...*, op. cit., p. 42.

¹¹⁹ De Quirós, Bernaldo, “Prólogo”, *Tratado de los delitos y las penas*, op. cit., p. 41.

¹²⁰ “Cesare Beccaria, la pena de muerte y la tortura”, en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern...*, op. cit., p. 64.

¹²¹ Montesquieu, *Observations de un voyageur anglais su Bicêtre*, 1788, cit. en la edición de *De los delitos y de las penas*, trad. Juan Antonio de las Casas, anotada por Juan Antonio Delval, Alianza, Madrid, 1982.

¹²² *Tratados de legislación...*, op. cit., p. 320. El propio Bentham censuró la forma en que Inglaterra prodigaba la muerte punitiva: “Yo asombraría a los lectores si les expusiera el código penal de una nación célebre por su humanidad y sus luces”, que, sin embargo, prodiga “la pena de muerte por los delitos menos graves”. *Idem*.

¹²³ En notas a Beccaria, *Dei delitti...*, op. cit., p. 251, nota 1.

¹²⁴ Badinter, “Beccaria: l’abolition de la peine...”, en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern...*, op. cit., pp. 36 y 37.

Beccaria en nuestra América

sa a favor de la humanidad”.¹²⁵ Pero no sólo acreditó su inutilidad, sino estableció su ilegitimidad bajo el manto contractualista: “¿quién es aquel que ha dejado a los otros hombres el arbitrio de hacerlo morir?”¹²⁶

En los países americanos, escenario de encono y violencia, el abolicionismo se instaló trabajosamente en el siglo XIX y ganó la batalla en el XX. Los abolicionistas citaron a Montesquieu y a Beccaria, o por lo menos recogieron su sentimiento y su proyecto. Los siguieron, expresa o implícitamente, en medio de las turbulencias de una vida civil erizada de problemas y acosada por el crimen. Los reformadores de la hora temprana —e incluso del tiempo reciente— debieron sacar de raíz el prejuicio favorable a la muerte punitiva y revertir el arraigo que había conseguido como herramienta de paz, en manos de tribunales implacables y al cabo de procesos fulminantes, como los seguidos por la Santa Hermandad.

En México se intentó abolir la muerte punitiva en la Constitución liberal de 1857, adoptada por una asamblea de hombres adelantados. Las condiciones del país se rebelaron y la asamblea retuvo la pena capital de mala gana, a reserva de sustituirla por el sistema penitenciario. En el horizonte se hallaba la opción beccariana por la prisión, relevo de la muerte. No faltó quien dijera —Guillermo Prieto—: ¿por qué hacemos “recaer sobre los reos el descuido de los gobiernos en la mejora de las cárceles”?; “no te doy trabajo ni educación, pero te doy cadenas”.¹²⁷ El sistema penitenciario, que no llegaba, tuvo aquí la misma eficacia dilatoria que la “paz general”, condición para que se aboliese la pena capital, anunciada en la Convención revolucionaria de Francia el 14 de Brumario del año IV (5 de septiembre de 1795).

Brasil estuvo a punto de abolir esa pena en el *Código Criminal do Imperio*, publicado en 1831. A favor del retencionismo gravitó “la existencia de la esclavitud”, considera Zaffaroni.¹²⁸ Pasaría más de un siglo para que la pena capital desapareciera de la Constitución mexicana, que acompasó su paso al que siguieron otras leyes del continente americano. El Código Penal de Veracruz, de 1869, obra del magistrado Fernando J. Corona, excluyó la pena de muerte: primera gran exclusión adoptada en el Estado mexicano. En 1871, el Código Penal retuvo la pena capital, a despecho de la mayoría de sus redactores: pesaron más la opinión del gobierno y el parecer del presidente de la Comisión, que se plegó al “realismo”.¹²⁹ México dispuso la exclusión definitiva en 2005;¹³⁰ 135 años después del código de Corona.

Cuando se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos —San José, 1969— 14 delegaciones, de las 19 que representaban a sus gobiernos, se pronunciaron en favor de la abolición. Sin embargo, no se atrevieron a dar el paso. El mérito quedaría —dijeron en un documento colmado de razones— a un protocolo posterior.¹³¹ Así ocurrió aquí, como en Europa y en el orden mundial. En 1990 llegó el protocolo interamericano.

La Convención Americana de 1969 no suprime de plano la pena capital pero tiene una orientación marcadamente abolicionista. William Schabas considera —a la luz del tratado y de la práctica— que en América Latina se ha instalado un *jus cogens* regional contra la pena de muerte.¹³² La tendencia de la Convención ha cimentado una sólida jurisprudencia constante de la Corte Interamericana, depositada en una opinión

¹²⁵ Beccaria, Cesare, “De la pena de muerte”, *op. cit.*, p. 274.

¹²⁶ *Idem.*

¹²⁷ Sobre la deliberación del Congreso Constituyente acerca de la abolición o la retención de la pena de muerte, *cfr.* García Ramírez, Sergio, *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, UNAM-Coordinación de Humanidades, México, 1967, pp. 45 y ss.

¹²⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, “La influencia del pensamiento...”, en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern...*, *op. cit.*, p. 442.

¹²⁹ *Cfr.* Antonio Martínez de Castro, “Exposición de motivos del Código Penal para el Distrito Federal y el Territorio de Baja California y para toda la República para delitos contra la Federación, de 1871”, *Leyes penales mexicanas*, t. I, Inacipe, México, 1979, pp. 341 y ss. Estimó que podría ser abolida la pena capital y sustituida por la prisión “cuando estén ya en práctica todas las prevenciones que tienen por objeto la corrección moral de los criminales; cuando por su trabajo honesto en la prisión puedan salir de ella instruidos en algún arte u oficio y con un fondo bastante á proporcionarse después los recursos necesarios para subsistir; cuando en las prisiones se los instruya en su religión, en la moral y en las primeras letras; y, por último, cuando nuestras cárceles se conviertan en verdaderas penitenciarias de donde los presos no puedan fugarse, entonces podrá abolirse sin peligro la pena capital. Hacerlo antes sería, á mi juicio, comprometer la seguridad pública, y tal vez reducir á nuestra sociedad al extremo peligroso de hacerse justicia por sí misma, adoptando la bárbara ley de Lynch”, pp. 341 y 342.

¹³⁰ México abolió la pena de muerte mediante reforma de los artículos 14 y 22 de la Constitución, el 9 de diciembre de 2005.

¹³¹ *Cfr.* *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y documentos*, OEA/Ser.K/XVI/1.2, Washington, D.C., 1973, p. 467.

¹³² *Cfr.* Schabas, William, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, 3ª ed., Cambridge University Press, 2004, p. 367.

consultiva¹³³ y en diversas sentencias.¹³⁴ Siembra de restricciones la implantación y la ejecución de la pena capital. A ella se deben, en diversa medida, el retraimiento de Guatemala en este ámbito y la moderación de los países caribeños. Los Estados del Caribe con raíz política en la Gran Bretaña estipulan la pena capital; empero, las ejecuciones son infrecuentes. La muerte ha decaído a golpes de presión internacional, corrientes de opinión interna y sentencias de los tres tribunales que ejercen diversa jurisdicción en el área: el *Privy Council*, la Corte Suprema del Caribe Oriental y la Corte Caribeña de Justicia.¹³⁵

En el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —1989— destinado a abolir la pena de muerte aparecen 15 Estados de América.¹³⁶ El protocolo americano de 1990 tiene en su favor 13 Estados, entre ellos un solo Estado caribeño: República Dominicana.¹³⁷ Este instrumento sólo autoriza la pena capital por delitos graves de orden militar cometidos en tiempo de guerra. Únicamente dos países han adoptado esta reserva: Chile y Brasil. Otros dos, que retienen la pena de muerte en la ley, se comportan como abolicionistas de facto: Cuba y Guatemala.

La Organización de las Naciones Unidas ha buscado alternativas prácticas para avanzar en la abolición sin romper lanzas con la retención. Se ha hecho a base de moratorias, que tampoco cuentan con unanimidad en los países americanos. La moratoria de 2010 tie-

ne en su haber 20 votos americanos;¹³⁸ 12 en contra: nuevamente Estados Unidos, y 11 caribeños¹³⁹, y dos abstenciones.¹⁴⁰ La de 2012 recabó el voto favorable de 20 Estados del área;¹⁴¹ el desfavorable de nueve —Estados Unidos y ocho caribeños—¹⁴² y la abstención de dos.¹⁴³

Plantado contra la muerte, Beccaria optó por la privación de libertad pues aquélla no es el “freno más fuerte contra los delitos [...] sino el largo y dilatado ejemplo de un hombre que, convertido en bestia de servicio y privado de libertad, recompensa con sus fatigas a la sociedad que ha ofendido”.¹⁴⁴ El marqués pensaba en la prisión punitiva, invención del Derecho canónico —dijo Ruiz Funes—¹⁴⁵ en la frontera entre el Medioevo y el Renacimiento. Los americanos, como todos, la promovieron con demasiado optimismo. Sucedió y sucede en América, escenario de los excesos y las frustraciones de la prisión, ya señalados en el tiempo en que aparece la obra del marqués, tanto por Howard como por otros observadores y tratadistas: Bentham —autor del famoso “Panóptico”— hizo notar que “las prisiones, si se exceptúan algunas poquísimas, encierran todo lo más eficaz que podría hallarse para infestar el cuerpo y el alma”.¹⁴⁶

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha insistido, con escaso éxito, en la necesidad de moderar la privación de la libertad y mejorar, de veras, el estado de las prisiones. En varias sentencias describe el desastre carcelario que campea en buena parte del

¹³³ Cfr. “Restricciones a la pena de muerte (artículos 4.2 y 4.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83” del 8 de septiembre de 1983.

¹³⁴ Así, las correspondientes a los casos *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 21 de junio de 2002; *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 15 de septiembre de 2005; *Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 20 de junio de 2005; *Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2007, y *DaCosta Cadogan vs. Barbados*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de septiembre de 2009.

¹³⁵ Sobre la situación de la pena de muerte en el Caribe, cfr. García Ramírez, Sergio, “Consideraciones sobre la pena de muerte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y en países del Caribe”, 2014 (en prensa).

¹³⁶ Son (al último día de junio de 2014): Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

¹³⁷ Figuran como partes (al día último de junio de 2014): Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

¹³⁸ Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

¹³⁹ Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Estados Unidos, Granada, Guyana, Jamaica, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y Las Granadinas, y Trinidad y Tobago.

¹⁴⁰ Cuba y República Dominicana.

¹⁴¹ Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

¹⁴² Barbados, Belice, Estados Unidos, Granada, Guyana, Jamaica, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas y Trinidad y Tobago.

¹⁴³ Cuba y Surinam.

¹⁴⁴ Beccaria, Cesare, “De la pena de muerte”, *op. cit.*, p. 276.

¹⁴⁵ Cfr. Ruiz Funes, Mariano, *La crisis de la prisión*, Jesús Montero, La Habana, 1949, p. 76.

¹⁴⁶ *Tratados de legislación...*, *op. cit.*, p. 318.

Beccaria en nuestra América

Continente: los juicios sobre el *Retén de Catia*¹⁴⁷ y el *Penal Castro y Castro*¹⁴⁸ son ejemplos de esta realidad que jamás quiso Beccaria, contra la que Howard pugnó, que se aparta de la exigencia interamericana a propósito del fin esencial de la privación de libertad: “reforma y readaptación social”,¹⁴⁹ y se aleja, mediante un abismo, del discurso constitucional y político del mundo americano, pero no de su experiencia arraigada y cotidiana. La Comisión Interamericana ha expedido un documento de principios y buenas prácticas¹⁵⁰ y la jurisprudencia invoca los estándares internacionales, entre ellos los europeos, y fija sus propias reglas pertinentes¹⁵¹ yendo más allá del principio de subsidiariedad.

Otra cuestión fue el encarcelamiento preventivo, pena que se anticipa a la condena y que en esta paradoja aclimata su injusticia. No habría mayor agravio para la presunción de inocencia. De ahí la petición beccariana de emplearla con infinita cautela. Beccaria dedica pasajes de su famoso opúsculo a la prisión cautelar: “La prisión es una pena que por necesidad debe, a diferencia de las demás, preceder a la declaración del delito”,¹⁵² pero sólo “en cuanto la necesidad obliga”; “esta custodia, siendo por naturaleza penosa, debe durar el menos tiempo posible y debe ser lo menos dura que se pueda”.¹⁵³

El sistema procesal tradicionalmente adoptado en América Latina —que hoy se retrae ante una reforma que podría alcanzar buenos resultados— favoreció el empleo de la preventiva. Lo ha investigado el Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente.¹⁵⁴ A ese uso exuberante

se debe el número excesivo de presos sin condena que colma las prisiones y maltrata a los cautivos. La jurisprudencia interamericana marcha en la línea beccariana, con las aportaciones de nuestro tiempo: limita su aplicabilidad, exactamente como lo hizo Beccaria: “para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos”.¹⁵⁵ Por ello Carrara subrayó: la preventiva “resulta intolerable y es un acto de verdadera tiranía cuando no existen las razones expuestas”.¹⁵⁶

La misma jurisprudencia de la Corte de San José reduce la aplicación de la medida cautelar por medio de garantías judiciales y principios exigentes: legalidad, presunción de inocencia, pertinencia, necesidad, proporcionalidad, revocabilidad, brevedad.¹⁵⁷ Buena parte de la doctrina interamericana sobre las restricciones a los derechos humanos se eleva sobre el examen crítico de la restricción cautelar de la libertad. Pero la limitación no siempre ha sido seguida por todas las leyes americanas.

El marqués revisa otras penas. Rechaza la confiscación¹⁵⁸ —un “resto de barbarie (que) subsiste todavía en la jurisprudencia de casi todas las naciones de Europa”, denuncia Bentham¹⁵⁹—, la infamia,¹⁶⁰ el destierro,¹⁶¹ actualmente proscritos por la legislación penal americana, inclusive desde el peldaño constitucional.

Beccaria dedicó a la tortura uno de los capítulos más celebrados y certeros de su opúsculo evangelizador. Arremetió contra el tormento recogido en las ideas y en la práctica judicial, que actuaba, como la pena, sobre el cuerpo del inculcado en procuración

¹⁴⁷ CorteIDH, *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 5 de julio de 2006.

¹⁴⁸ CorteIDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2006.

¹⁴⁹ *Ibidem*, párr. 314.

¹⁵⁰ *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, Res. 1/108 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de 13 de marzo de 2008.

¹⁵¹ *Cfr. Caso Pacheco Teruel y otros vs Honduras*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 27 de abril de 2012, párr. 67.

¹⁵² Beccaria, Cesare, “De la prisión”, *op. cit.*, p. 284.

¹⁵³ *Ibidem*, “Prontitud de la pena”, p. 257.

¹⁵⁴ *Cfr. Carranza, Elías, Houed, Mario, Mora, Luis Paulino, y Zaffaroni, Eugenio Raúl, El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, Ilanud, San José, Costa Rica, 1983, donde se indica que en América Latina los presos sin condena constituyen en promedio ponderado el 68.47%, tomando en cuenta el total de los presos de cada país, p. 25.

¹⁵⁵ Beccaria, Cesare, “Prontitud de la pena”, *op. cit.*, p. 258.

¹⁵⁶ Carrara, Francesco, “Inmoralidad del encarcelamiento preventivo”, *Opúsculos...*, *op. cit.*, vol. IV, p. 226.

¹⁵⁷ *Cfr. Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 1º de febrero de 2006, párr. 67. *Cfr. asimismo, Bigliani, Paola, y Bovino, Alberto, Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, “Presentación” de Stella Maris Martínez, Defensoría Federal de la Nación/Del Puerto, Buenos Aires, 2008, pp. 31-37.

¹⁵⁸ Beccaria, Cesare, “Destierros y confiscaciones”, *op. cit.*, p. 267.

¹⁵⁹ *Tratados de legislación...*, *op. cit.*, p. 303.

¹⁶⁰ Beccaria, Cesare, “Infamia”, *op. cit.*, pp. 263 y 264.

¹⁶¹ *Ibidem*, “Destierros y confiscaciones”, p. 267.

de la verdad o anticipación del castigo. Fue parte del ritual político en el que se manifiesta ceremoniosamente el poder, sostiene Foucault.¹⁶² La *tortura giudiziaria* se formalizó en un *Tractatus de tormentis*, del siglo trece.¹⁶³

Beccaria asumió la tendencia que florecía en su tiempo, e impugnó frontalmente la tortura, alentado por Pedro Verri.

Una crueldad consagrada por el uso entre la mayor parte de las naciones es la tortura del reo mientras se forma el proceso¹⁶⁴ [...] medio seguro de absolver a los robustos malvados y condenar los flacos inocentes¹⁶⁵ [...] las leyes te atormentan [acusó, delatando el oscuro prejuicio que latía en el tormento] porque eres reo, porque puedes ser reo, porque yo quiero que tú seas reo.¹⁶⁶

En este caso la discusión, que la hubo, no llegó muy lejos; los motivos del pragmatismo naufragaron frente a las razones de la ley. La formal supresión de la tortura progresó en América, donde proliferaba para intimidar a los “enemigos”, indagar los delitos o purgar las culpas. En el alba americana, cuando se vieron frente a frente el pasado que se retraía y el futuro que despuntaba, persistió el tormento, por una parte, y se pugnó por suprimirlo, por la otra. De ahí que fuera tema de planes y disposiciones de alborada en los países insurgentes.

La supresión de la tortura figuró junto a los requerimientos de libertad política. El punto 32 de un documento prócer, los *Elementos constitucionales de Rayón*, de 1811, declara: “Queda proscrita como bárbara la tortura, sin que pueda lo contrario aún admitirse a discusión”. He ahí una cláusula pétrea. Tuvo su correspondencia en el Decreto LXI del 22 de abril de 1811, expedido por las Cortes de Cádiz.

Los Sentimientos de la Nación, proclama del insurgente Morelos, sostuvo “que en la nueva legisla-

ción no se admitirá la tortura”. Y lo mismo dijeron la Constitución española de 1812 (“No se usará nunca del tormento ni de los apremios”: artículo 303); y la mexicana de 1824 (“Ninguna autoridad aplicará clase alguna de tormentos, sea cual fuere la naturaleza y estado del proceso”: artículo 149).

Viejos tratadistas americanos del siglo XIX se limitan a citar, con absoluta adhesión, párrafos de Beccaria y Voltaire para repudiar el tormento.¹⁶⁷ Ha llovido copiosamente: ahora el tormento se halla proscrito en todo tiempo y lugar, aunque las referencias de los observadores advierten sobre una práctica persistente en el ámbito americano, con distinta intensidad.

En el Derecho interamericano de los derechos humanos hay que mencionar la Convención de 1969, la Mundial contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984, y la Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 1985. Veintitrés Estados americanos, inclusive los Estados Unidos y Canadá,¹⁶⁸ son partes en la segunda; y 20 en la tercera,¹⁶⁹ entre los que no figuran estos países septentrionales, pudiendo aparecer, porque se trata de un tratado independiente del Pacto de San José, no de un protocolo.

La jurisprudencia interamericana se ha ocupado de la tortura en un buen número de sentencias, que la condenan en su doble versión de física y psicológica. Contraviene el *ius cogens*.¹⁷⁰ Es tema reiterado, junto con la desaparición forzada y la ejecución extrajudicial. Triple manifestación de la violencia extrema, que no ceja.

Para combatir la impunidad, la Corte de San José ha extraído del Tratado Interamericano sobre la Tortura los lineamientos para la investigación de las violaciones graves de los derechos humanos: estándares que llegan a ser vinculantes en la medida en que ese Tribunal los incluye en sus sentencias. Por ello el Protocolo de Estambul es mucho más que una reco-

¹⁶² Cfr: Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*, trad. Aurelio Garzón del Camino, Siglo XXI, México, 1976, p. 52.

¹⁶³ Cfr: Tomás y Valiente, *La tortura en España. Estudios históricos*, Ariel, Barcelona, 1973, pp. 106 y ss., y 212 y ss.

¹⁶⁴ Beccaria, Cesare, “Del tormento”, *op. cit.*, p. 246.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 247.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 253.

¹⁶⁷ Cfr: Valdés, Ramón Francisco, *Diccionario de jurisprudencia criminal mexicana: común, militar y naval; mercantil y canónica*, Tipografía de V. G. Torres, México, 1850, pp. 307 y 308.

¹⁶⁸ Hasta el final de junio de 2014: Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Estados Unidos, Uruguay y Venezuela.

¹⁶⁹ Al final de junio de 2014: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela.

¹⁷⁰ Cfr: *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2004, párrs. 100 y 103.

Beccaria en nuestra América

mendación incorporada en el *soft-law*, como guía para médicos y criminalistas.¹⁷¹

Beccaria denuncia la demora que enrarece la justicia. “La prontitud de la pena [...] es uno de los principales frenos de los delitos”.¹⁷² La pena debe ser “pronta”, señala en el teorema final de su opúsculo. En el catálogo constitucional americano figura la justicia pronta y expedita. También se localiza en la Convención Americana, a título de garantía judicial en relación con el “plazo razonable”, concepto al que ha hecho buenas aportaciones la jurisprudencia de San José.¹⁷³

Nuestro autor impugna la criminalización frondosa así como las penas desorbitadas, y se pronuncia por la certeza del castigo y combate la impunidad, cuya eficacia criminógena había denunciado. Retoma, también por esta vía, la racionalidad de las penas. “La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad”,¹⁷⁴ “la persuasión de no encontrar un palmo de tierra que perdonase a los verdaderos delitos sería un medio eficazísimo de evitarlos”.¹⁷⁵ De ahí que vea con malos ojos el asilo¹⁷⁶ —pero no el político, bienhechor en América—, el perdón y el indulto.¹⁷⁷ En esto le secunda Bentham: “Haced buenas leyes y no creéis una varita de virtudes que tenga el poder de anularlas. Si la pena es necesaria no se debe perdonar; si no es necesaria no debe pronunciarse”.¹⁷⁸

Estos asuntos también gravitan sobre la práctica penal en América Latina. En algunos Estados las

cifras de impunidad son dominantes: cifra negra y crímenes sin castigo. El combate a la impunidad es un tema tradicional de la Corte Interamericana, que la define como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”.¹⁷⁹

Hay una expresión de impunidad especialmente reprobada por la legislación y la normativa internacional: las violaciones graves de los derechos humanos. La jurisprudencia reclama justicia en esta materia, y para ello cuestiona instituciones y figuras que la alejan en el marco de procesos de pacificación, sentencias internas que la evitan so capa de cosa juzgada y decisiones populares que la enrarecen. Hay muestras rotundas de la reclamación de justicia: son elocuentes los casos *Barrios Altos*,¹⁸⁰ de Perú, que desechó las autoamnistías a modo; *Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia)*,¹⁸¹ de Brasil; y *Gelman*, de Uruguay, con sus implicaciones a propósito de los límites que detienen la voluntad popular ante la frontera de los derechos humanos.¹⁸²

Otra victoria del combate frontal a la impunidad que postula Beccaria, asociado al reproche dirigido al asilo que guarece al criminal, se halla en el nuevo Derecho internacional penal finalmente concretado en el Estatuto de Roma, del que forman parte 28 Estados americanos.¹⁸³

Hoy se carga el acento sobre la garantía colectiva de los derechos humanos y el deber de colaboración

¹⁷¹ Cfr., por ejemplo, *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 12 de septiembre de 2005, párr. 100.

¹⁷² Beccaria, Cesare, “Procesos y prescripciones”, *op. cit.*, p. 287.

¹⁷³ Cfr. García Ramírez, Sergio, *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, 1ª ed., 1ª reimp., Porrúa, México, 2014, pp. 65 y ss.

¹⁷⁴ Beccaria, Cesare, “Dulzura de las penas”, p. 271.

¹⁷⁵ *Ibidem*, “Asilos”, p. 304.

¹⁷⁶ *Idem*.

¹⁷⁷ *Ibidem*, “Del perdón”, pp. 321- y 322.

¹⁷⁸ *Tratados de legislación...*, *op. cit.*, p. 322.

¹⁷⁹ Cfr. *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia del 8 de marzo de 1998, párr. 173. Entre sentencias recientes, que acogen esta jurisprudencia constante, cfr., por ejemplo *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 111.

¹⁸⁰ “Son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho internacional de los derechos humanos”. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia del 14 de marzo de 2001, párr. 41.

¹⁸¹ Cfr. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2010, párr. 171.

¹⁸² Cfr. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2011, párr. 239.

¹⁸³ Al final de julio de 2014: Antigua y Barbuda, Argentina, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Granada, Guatemala, Guyana, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, St. Kitts y Nevis, Sta. Lucía, St. Vicente y Granadinas, Surinam, República Dominicana, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

entre los Estados. Ejemplo: las condenas interamericanas sobre la operación Cóndor,¹⁸⁴ en las que se invoca la garantía colectiva que obliga a los países del área.

Si son relevantes los capítulos beccarianos sobre la pena capital y la tortura, no lo son menos —dice Mario Pisani— las páginas que dedica al proceso: “el arco que se interpone entre el delito y la pena”.¹⁸⁵ Éste es un “terreno central de la batalla liberadora de Beccaria”, sostiene Giuliano Vassalli.¹⁸⁶ Combate el enjuiciamiento “ofensivo”, dominante en “la iluminada Europa del siglo XVIII” —son las palabras del marqués—, y se pronuncia por el “informativo”: “indagación indiferente del hecho, según manda la razón”.¹⁸⁷

Ha de tomarse en cuenta, en todo caso, que ni siquiera en el supuesto de persecución de los más graves delitos —como es el terrorismo, frecuentemente perseguido en países americanos— cede el respeto a los derechos humanos: así lo dispone la Convención Interamericana contra el Terrorismo, suscrita en Barbados en 2002.¹⁸⁸

En el marco procesal beccariano domina una idea que se tornaría central desde que surge la sospecha de responsabilidad de un individuo hasta que la condena firme resuelve su suerte, con fuerza de verdad legal y cosa juzgada, la presunción de inocencia: “Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida”.¹⁸⁹

Las constituciones y las leyes procesales de los Estados americanos detallan los caracteres de lo que hoy denominamos debido proceso, proceso justo, tutela judicial efectiva, plena defensa.¹⁹⁰ Esos ordenamientos —vinculados con el Derecho convencional interamericano de los derechos humanos y con la interpretación de la Corte Interamericana— invocan con firmeza la presunción de inocencia, a la que ese Tribunal ha considerado “fundamento de las garantías judiciales”:¹⁹¹ dicho en otros términos, idea rectora, principio conductor, cimiento natural en la construcción del proceso penal garantista.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ampara las garantías mínimas en el desarrollo del proceso —sin mengua de otras garantías adicionales— y bajo ese título abarca “investigación, acusación, juzgamiento y condena”.¹⁹²

En el estudio del proceso Beccaria rechaza la delación,¹⁹³ favorece la publicidad,¹⁹⁴ pondera la seriedad de la prueba,¹⁹⁵ repudia la costumbre de poner precio a la cabeza del reo,¹⁹⁶ temas socorridos en la reflexión americana del presente.

El proceso aspira a la verdad y debe viajar asido a la prueba. Es la ruta hacia la sentencia. En el fondo, procesar es probar. Su cauce era tortuoso en la época de Beccaria. Había que demoler —recuerda Pisani— los conceptos prevalecientes asociados a la tortura, al juramento y a otras figuras deleznable.¹⁹⁷ En pos de Europa, se hizo en América. Comenzamos por demoler instituciones: cayó el Santo Oficio y se inició el

¹⁸⁴ Cfr., por ejemplo, *Caso Goiburú vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 22 de septiembre de 2006, párrs. 72 y 73 y 128-132.

¹⁸⁵ Mario Pisani, “Cesare Beccaria et le proces pénal”, en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern...*, op. cit., p. 110. Asimismo, cfr: Pisani, *Attualita di Cesare Beccaria*, Giuffrè Editore, Milán, pp. 7 y ss.

¹⁸⁶ Giuliano Vassalli, “Spunti di politica criminale in Cesare Beccaria”, en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern...*, op. cit., p. 25.

¹⁸⁷ Cesare Beccaria, “Del espíritu de fisco”, op. cit., pp. 255 y 256.

¹⁸⁸ Cfr: Sergio García Ramírez, “The Inter-American Court of Human Rights Perspective on Terrorism”, en Salinas de Frías, Ana María, LH Samuel, Katja y D. White, Nigel (eds.), *Counter-Terrorism. International Law and Practice*, Oxford University Press, 2012, pp. 789 y ss.

¹⁸⁹ Beccaria, Cesare, “Del tormento”, op. cit., p. 246.

¹⁹⁰ Cfr: García Ramírez, Sergio, *Panorama del proceso penal*, Porrúa, México, 2004, pp. 31 y ss.; y *El debido proceso...*, op. cit., esp. pp. 3 y ss. y 22.

¹⁹¹ “Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales”. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de junio de 2005, párr. 111, que invoca precedentes: *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 7 de septiembre de 2004, párr. 180; y *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia del 12 de noviembre de 1997, párr. 77.

¹⁹² Cfr., por ejemplo, *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2004, párr. 176; y *Caso Mohamed vs. Argentina*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2012, párr. 91.

¹⁹³ Beccaria, Cesare, “Acusaciones secretas”, op. cit., pp. 243-246.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 245.

¹⁹⁵ *Ibidem*, “Indicios y formas de justicia”, pp. 241-243.

¹⁹⁶ *Ibidem*, “De la talla”, pp. 304-306.

¹⁹⁷ Cfr: Pisani, Mario, “Beccaria e il proceso...”, en VV.AA., *Cesare Beccaria and the Modern...*, op. cit., pp. 114 y ss. Igualmente, cfr: Pisani, *Attualita...*, cit., pp. 17 y ss.

Beccaria en nuestra América

largo camino de la abolición de los fueros, labor de un siglo y muchas contiendas. Las ideas nucleares sembradas al término del siglo XVIII animaron un sector de la reforma procesal al cabo del XX y al inicio del XXI, con las figuras que sugieren las circunstancias.

Esa reorientación se halla en la legislación de varios países americanos, ampliamente reconsiderada en los últimos años, y no menos en las guías procesales que imprime el Derecho interamericano, acuñadas por la jurisprudencia del Tribunal de San José.

Sin embargo, también hay resistencias y alegatos que abrigan verdades y falacias. Transformaciones plausibles y deformaciones inquietantes. Algunas soluciones cuestionables se localizan, a mi juicio, en el régimen de entendimientos procesales que elude la verdad de los hechos y sacrifica la justicia a la economía. Se encumbra el *market system*, señala Fairén Guillén,¹⁹⁸ quien advierte acerca del *bargain*: “la pena pasa a ser contractual”.¹⁹⁹ Muy severa es la apreciación de Alcalá-Zamora: “bochornoso chalanero con apariencias de allanamiento y realidades de transacción penal”.²⁰⁰ “Todas las garantías penales y procesales [...] resultan efectivamente alteradas con la negociación entre las partes”, advierte Ferrajoli.²⁰¹ Reaparece —aunque lo haga sin violencia— la ocurrencia de que el fin justifica los medios, cuando sólo la legitimidad de éstos —como se desprende de la corriente beccariana— justifica el fin que se alcanza con el proceso: la sentencia justa. En suma, la piedad y la razón se complementan.

La obra de Beccaria tiene un punto final que es también, visto desde otro ángulo, punto inicial: la prevención de los delitos; evitar más que sancionar, exactamente como en la medicina del cuerpo individual y del cuerpo colectivo. Si comenzamos aquí, con

el éxito posible, no será necesario llegar allá, sin perjuicio de las cuotas mínimas que siempre se hallarán entre nosotros.

¿Qué hacer? La respuesta beccariana conserva frescura: “haced que acompañen las luces a la libertad”.²⁰² Contiene propuestas impecables: cultura de la legalidad —o de la juridicidad—, función de policía —que es mucho más que el desempeño de la policía—,²⁰³ perfeccionamiento de la educación.²⁰⁴ En suma, poner el cimiento de la libertad y la justicia antes de que la delincuencia ocupe el edificio social. Así se resume el mensaje beccariano “siempre vivo y actual, por una política criminal racional y humana”, en palabras de Vassalli.²⁰⁵ En América, como en otros lugares, los instrumentos de control por la convicción y la solidaridad se han retraído; la desesperación y la exasperación sugieren mano dura a los oídos del Parlamento: gobernar con el código penal en la mano.

Hoy abundan las expresiones de preocupación por el rumbo y destino de la justicia penal. Las manifestaciones de algunos juristas, observadores de ese rumbo —al menos en determinados ámbitos, con la concurrencia de ciertos movimientos mundializadores— no dejarían en paz a los reformadores del siglo XVIII, como Beccaria, que vieran resurgir, con otra fachada, a sus viejos adversarios.

Mireille Delmas-Marty señala que muchos penalistas temen un Derecho penal regresivo, bajo la bandera de la eficacia, y previene sobre la tensión que se presenta entre el Derecho penal y los derechos humanos.²⁰⁶ Moisés Moreno analiza la vigencia de la alternativa entre un Derecho penal liberal y democrático y un Derecho penal autoritario, que se expande al amparo de la globalización y la internacionalización del delito.²⁰⁷ Zaffaroni recuerda la tentación perenne

¹⁹⁸ Cfr. Fairén Guillén, Víctor, “Los equivalentes jurisdiccionales”, *Estudios de Derecho procesal civil, penal y constitucional. La reforma procesal penal (1998-1992)*, t. III, Revista de Derecho Privado/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1992, p. 83.

¹⁹⁹ Fairén Guillén, Víctor, “Examen crítico de los principios rectores del proceso penal”, en VV.AA., *Memoria del XV Congreso Mexicano de Derecho procesal*, IJ-UNAM/Instituto Mexicano de Derecho Procesal, México, 1998, p. 431.

²⁰⁰ Alcalá Zamora, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa (Contribución al estudio de los fines del proceso)*, 3ª ed., IJ-UNAM, México, 1991, p. 431.

²⁰¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 609.

²⁰² Beccaria, Cesare, “De las ciencias”, *op. cit.*, p. 316.

²⁰³ *Ibidem*, “De la tranquilidad pública”, p. 237.

²⁰⁴ *Ibidem*, “Educación”, pp. 320 y 321.

²⁰⁵ Vassalli, Giuliano, “Spunti de politica...”, en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern...*, *op. cit.*, p. 25.

²⁰⁶ Delmas-Marty, Mireille, “Discurso”, en VV.AA., *Panorama internacional sobre justicia penal. Proceso penal y justicia penal internacional. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Séptimas Jornadas sobre Justicia Penal*, IJ-UNAM, México, 2007, p. XXIII; y “Final Remarks”, en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern...*, *op. cit.*, p. 449.

²⁰⁷ Moreno, Moisés, “Última ratio o expansión del Derecho penal”, en VV.AA., *Hacia la unificación del Derecho penal. Logros y desafíos de la armonización y homologación en México y en el mundo*, Inacipe/Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, México, 2006, p. 351.

del Estado de policía.²⁰⁸ Miguel Polaino Navarrete apunta que el Derecho penal mínimo es una utopía, más que una realidad.²⁰⁹ Ulrich Sieber hace notar que los nuevos riesgos mundiales alientan la actuación del Estado fuerte, por medio del Derecho penal.²¹⁰ Y Daniel Erbetta observa una “crisis derivada de la tensión expansiva a que se está sometiendo al Derecho penal”.²¹¹ Con otro rostro, vuelve a la escena en el siglo XXI la crisis del siglo XVIII, que reapareció, con diverso formato, en sucesos de otras centurias, especialmente el siglo veinte.

El vacío que dejan los instrumentos no punitivos del control social se ocupa por la expectativa del control represivo. Pero sabemos, con Talleyrand, que se puede hacer cualquier cosa con las bayonetas, salvo sentarse en ellas. Habrá que observar con cautela los

pasos del Estado opresivo, que vela. La democracia, armada con las ideas beccarianas de piedad y razón, podría menguar bajo el asedio de la criminalidad y la seducción del arsenal punitivo. Es el riesgo que corremos.

Es verdad que la argumentación de Beccaria lo identifica como un hombre de su tiempo, como señala Mireille Delmas-Marty.²¹² Ahora bien, la racionalidad de sus planteamientos, por fortuna, y las sombras que han poblado otras horas después de la suya y hasta la nuestra, por desgracia, le han conferido una vitalidad que le permite viajar a través de los años —lo muestra esta celebración, a un cuarto de milenio de la edición del opúsculo— y ejercer donde quiera y cuando sea su magisterio. Por eso Beccaria se halla en vigilia en el suelo americano.

²⁰⁸ Cfr: Zaffaroni, Raúl Eugenio, “La justicia como garante de los derechos humanos en México y América Central: la independencia del juez”, en VV.AA., *La justicia como garante...*, op. cit., p. 15.

²⁰⁹ Cfr: Polaino Navarrete, Miguel, “La controvertida legitimación del Derecho penal en las sociedades modernas”, en Jakobs, Günther, y Polaino Navarrete, Miguel, *El Derecho penal en las sociedades modernas (Dos estudios de dogmática penal y política criminal)*, Flores, México, 2006, p. 76.

²¹⁰ Cfr: Sieber, Ulrich, “Unificación, armonización y cooperación: a la búsqueda de soluciones para los sistemas penales federales y supranacionales”, en VV.AA., *Hacia la unificación...*, op. cit., p. 10.

²¹¹ Erbetta, Daniel, “Postmodernidad y globalización: ¿hacia dónde va el Derecho penal”, en VV.AA., *El Derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 79.

²¹² Delmas-Marty, Mireille, “Le rayonnement international...”, en VV.AA., *Cesare Beccaria and Modern...*, op. cit., p. 141.

Víctimas culpables: ¿victimodogmática, dogmática penal o intuición?*

M^a del Carmen Gómez Rivero

Universidad de Sevilla

RESUMEN: El trabajo se ocupa de la debatida cuestión en torno a la relevancia del comportamiento de la víctima en la determinación de la responsabilidad penal del autor. Tras delimitar los distintos supuestos que pueden presentarse en la práctica, se adopta como punto de partida el rendimiento en esta materia de los criterios de imputación objetiva, si bien advirtiendo acerca de determinadas tergiversaciones en su aplicación que explican la diversidad de soluciones. Una última parte del trabajo se ocupa de analizar y valorar algunas muestras de la relevancia de la actuación de la víctima en determinados tipos de la Parte Especial, así como de ciertas interpretaciones que la jurisprudencia realiza de distintos delitos en clave victimodogmática.

PALABRAS CLAVE: Victimodogmática, criterios de imputación objetiva, autopuestas en peligro, heteropuestas en peligro, reacción de la víctima frente a la conducta de un tercero, principio de autorresponsabilidad.

ABSTRACT: This paper addresses the controversial question of the conduct of the victim relevance in the determination of the penal responsibility of the author of a crime. The document distinguishes the cases that can arise in practice and adopts the objective imputation criteria like a starting point of solution. However, the study warns about certain misrepresentations in the application of this principles that explains the diversity of the doctrinal conclusions in the matter. The last part of the contribution deals with the analysis and valuation of some crimes that pay their attention on the behavior of the victim, as well as some jurisprudential interpretations elaborated from the perspective of the theory of the victim.

KEY WORDS: victimodogmática, criteria of objective imputation, self-endangered, endangered by a third, reaction of the victim against the conduct of a third party, principle of self-responsibility.

SUMARIO: I. De la victimodogmática a la dogmática de la víctima. II. Delimitación del problema y aproximación a las bases de su solución. III. El análisis del comportamiento de la víctima a la luz de los criterios de imputación objetiva. IV. El rendimiento del recurso a los criterios de imputación: ¿una herramienta unívoca? V. La presencia del recurso a los criterios de imputación en nuestro Derecho positivo como catalizador de la relevancia del papel de la víctima. VI. ¿Agotan los criterios de imputación objetiva la valoración del comportamiento de la víctima? VII. Valoración final.

Rec: 18 -02-2015 | Fav: 03-06-2015

* Este trabajo ha sido publicado en la revista *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 113, septiembre de 2014.

Víctimas culpables: ¿victimodogmática, dogmática penal o intuición?

I. De la victimodogmática a la dogmática de la víctima

La formulación de un juicio de responsabilidad penal reclama, como presupuesto básico, la identificación de una acción atribuible a un individuo. De su mano se dibuja la figura del sujeto activo de la conducta típica que lesiona o, en su caso, pone en peligro un interés de titularidad ajena, y el perteneciente al sujeto pasivo del delito, quien pasa entonces a considerarse *víctima* de la ofensa.

La simplicidad de las afirmaciones anteriores des cansa en un razonamiento bastante lineal; a saber, la perfecta definición de las respectivas posiciones jurídicas del ofensor y del ofendido, correspondiendo a este último un papel eminentemente estático, como estricto receptor del daño. Hace tiempo, sin embargo, que tanto la doctrina como la jurisprudencia han puesto en tela de juicio la contemplación de los respectivos roles de los sujetos activo y pasivo como compartimentos cerrados y, con ello, que sean intercambiables las categorías de sujeto pasivo del daño y víctima del delito. De hecho, la revisión de esa posición ha tenido lugar en los distintos ámbitos en los que puede detectarse una actuación imprudente de la víctima que contribuye a la producción del daño. En primer lugar, habrían de citarse los supuestos de concurrencia de culpas, caracterizados porque la imprudencia de la víctima discurre paralelamente con la de un tercero, de tal modo

que es la suma de ambas la que explica el resultado. Para ellos ensayó nuestra jurisprudencia una singular versión de la compensación de culpas, que habría de determinar la degradación o incluso la exclusión de la infracción de la norma de cuidado del autor. El generalizado cuestionamiento doctrinal de esta teoría,¹ lejos de suponer la desatención del comportamiento de la víctima, ha dado paso a la proliferación de distintos esfuerzos orientados a conceder relevancia a la actuación de quien sufre el daño.² En segundo lugar, el comportamiento de la víctima puede adquirir relevancia en el ámbito de una actuación imprudente realizada de modo conjunto con un tercero, supuestos para los que también nuestra jurisprudencia se ha afanado en delimitar la cuota de responsabilidad que corresponda a aquélla. Bastaría traer a colación el ejemplo de quien participa en una carrera temeraria de motos, resultando lesionado o incluso falleciendo en el accidente.³ Por último, habría que mencionar la imprudencia de la víctima en el marco de una actuación dolosa emprendida por un tercero, incluyéndose en tal supuesto los casos de reacción de ésta ante la situación en que se ve envuelta, para los que también, desde hace tiempo, la doctrina y jurisprudencia se han esforzado por conceder relevancia al comportamiento de la víctima.⁴

Por encima de las soluciones puntuales elaboradas para cada uno de esos casos, hay que convenir en que la irrupción del comportamiento de la víctima en la teoría del delito recibió un decidido impulso de la

¹ En relación con las críticas vertidas a la doctrina de la compensación de culpas véase, por ejemplo, Martínez Escamilla, M., *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992, pp. 303 y ss.; o Santana Vega, D., para quien la compensación de culpas contradiría la forma de protección que establece el Derecho penal: “por cuanto, no previendo el tipo penal expresamente que la conducta de la víctima ha de minorar la responsabilidad del autor, no puede derivarse tal conclusión en aras de una compensación de culpas, más propia del Derecho civil y que en coherencia con tal afirmación, el Derecho penal circunscribe al ámbito de responsabilidad civil *ex delicto*”. “Disponibilidad versus consentimiento en Derecho penal (Sobre la modificación del ámbito de protección jurídico penal originario)”, en AA.VV., *Serta, In memoriam Alexander Baratta*, Salamanca, 2004 (ed. Pérez Álvarez), pp. 1146 y ss. Véase también Tamarit Sumalla, *La víctima en Derecho penal*, Pamplona, 1998, pp. 163 y ss.; Cancio Meliá, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 1ª ed., Barcelona, 1998; segunda edición aumentada, Bogotá y Barcelona, 2001, pp. 114 y ss., con amplias referencias.

² Entre ellos, la autoría y participación o el recurso a los criterios de imputación objetiva. Al respecto, Joshi Jubert, U., “Concurrencia de culpas y conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. (Comentario a la STS de 25 de octubre de 1988)”, en *ADPCP 1989*, pp. 731 y ss.; o Roso Cañadillas, R., “La concurrencia de imprudencias. Sus efectos en la teoría del delito”, *Poder Judicial*, núm. 46, 1997, pp. 273 y ss.

³ De un supuesto de este tipo se ocupó la STS de 25 de septiembre de 1986, que reconoció “la importancia cuantitativa que en el plano causal es susceptible de representar la interferencia culposa del acusado”.

⁴ Si bien, de nuevo, buena parte de esos ensayos se consideran ampliamente superados. Bastaría con citar el recurso a la teoría de la *prohibición de regreso*, orientada a fijar criterios con los que fundamentar la interrupción del nexo causal en el caso de que una actuación imprudente fuera seguida de un comportamiento doloso. De forma crítica, por todos, Torío López, A., “Significación dogmática de la ‘compensación de culpas’ en Derecho penal”, *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, pp. 709 y ss., señalando, en apoyo de cuanto afirmara Cerezo Mir, que en realidad se trata de problemas de imputación objetiva de resultados, y no de causalidad (p. 713), lo que sucederá cuando se afirme la falta de previsibilidad objetiva del comportamiento del sujeto pasivo (pp. 714, 718 y ss.). Por otra parte, añade, en los sistemas que, como el español, contemplan distintos grados de imprudencia, se tratará de realizar un juicio valorativo, comprensivo de aquellas circunstancias, para determinar el grado de reprochabilidad objetiva del delito imprudente, lo que representa un problema de imputación objetiva (pp. 721 y ss.). Con carácter general véanse las referencias que ofrece Cancio Meliá, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 110 y ss.

mano de la llamada construcción *victimodogmática*. Desarrollada en buena medida como intento de superación de las dificultades de las distintas doctrinas inicialmente ensayadas, su clásica formulación toma por base el diseño de ciertos deberes de autotutela que gravarían a la víctima, condicionantes por vía interpretativa del alcance de los tipos penales.⁵ El fundamento más extendido⁶ de esta teoría enlaza con los principios inspiradores del Derecho penal; de modo especial, con consideraciones relativas al merecimiento y necesidad de pena de la intervención en este orden y, con ello, con su carácter subsidiario y de *ultima ratio* en la resolución de los conflictos.⁷

Es, en efecto, un lugar común entre los partidarios de las posiciones victimodogmáticas la afirmación de que las medidas de protección previstas por el legislador penal deben retroceder cuando el daño pudo haberse evitado con una actitud distinta por parte de la víctima. Porque, según dicha concepción, cuando ésta no se ocupa de adoptar determinadas medidas para la prevención del daño deja de ser misión del Derecho público asegurarle su procura. Emerge así la comprensión de esta rama del Derecho como subsidiaria de la protección que sea capaz de auto-brindarse la víctima, quien con la renuncia a las medidas de tutela adquiere entonces una cuota de responsabilidad por la producción del suceso. De la mano de esta premisa

se comprende, a su vez, que los postulados de tal concepción se elaboren sobre la base de parámetros meramente *fácticos*, en cuanto fáctica es la constatación de la posibilidad al alcance de la víctima de preservar con más diligencia sus bienes.

Vaya por delante que ni siquiera los más acérrimos defensores del pensamiento brevemente descrito parecen dispuestos a llevarlo hasta sus últimas consecuencias, esto es, sin introducir límite alguno en los resultados a que pudieran conducir sus premisas. Son conscientes, por el contrario, de que sería impracticable exigir a la víctima un comportamiento que excediera de lo razonable, de tal modo que se le llegara a imponer la adopción de precauciones desmesuradas. Es lo que explica, por ejemplo, que Hörnle apunte como límites a tal deber el carácter socialmente común de la acción de autoprotección esperable por parte de la víctima, así como su racionalidad,⁸ o que Hassemer, R., recurra como baremo con el que calificar como socialmente inadecuada la actuación de la víctima —entendiendo por tal la que determina un aumento de la peligrosidad concreta de la conducta debida a su comportamiento—, a la comprobación de que no se vea obligada “a adoptar medidas de protección que imposibiliten su participación en el proceso social en el marco de lo establecido y desarrollado históricamente”.⁹

⁵ Puede considerarse como uno de los principales precursores de este principio a Schünemann, B., ya en “Der strafrechtliche Schutz vom Privatgeheimnissen”, *ZStW* 1978, pp. 54 y ss., plantea la presencia de criterios victimológicos en relación con el delito de descubrimiento de secretos, cuya tipificación vendría a confirmar que la relevancia típica de la conducta requiere la superación de las medidas de defensa de la intimidad dispuestas por la víctima. Véase también el mismo autor en *Festschrift für Bockelmann*, Múnich, 1979, pp. 117 y ss. De forma más reciente, en *Strafrechtssystem und Betrug*, 2002, pp. 51 y ss., “Sistema de Derecho penal y dogmática”, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje a Cerezo Mir*, 2002, retoma las críticas a la solución del problema en sede de imputación objetiva, pp. 159 y ss., o en “El papel de la víctima en el sistema de justicia criminal: un concepto de tres escalas”, *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal* (trad. Reyna Alfaro), Lima, 2006, pp. 25 y ss. Entre los autores que desarrollan sus planteamientos desde la perspectiva victimodogmática pueden citarse los clásicos trabajos de Amelung, K., “Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug”, *GA*, 1977, pp. 11 y ss., o Hassemer, R., *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in §263, StGB*, Berlín, 1981, quien partiendo del principio de necesidad de la tutela penal considera improcedente el recurso al Derecho penal cuando es posible acudir a otros medios menos drásticos para proteger el bien jurídico. Entre ellos se cuenta la posibilidad de tutela procedente del titular (*Selbstschutzmöglichkeit*), que define como la capacidad que tiene el titular del bien jurídico de evitar las injerencias en él por sus propios medios sin el recurso a la protección jurídica penal, p. 29. Puede verse una detalla exposición —crítica— de otros autores defensores de dichas premisas en Hillenkamp, T., *Vorsatz und Opferverhalten*, Gotinga, 1981, pp. 18 y ss.

⁶ Si bien no de modo exclusivo. Así, Schünemann, B., argumenta sobre la base de los criterios de merecimiento y necesidad de la intervención penal. En relación con los denominados *delitos de relación*, esto es, aquellos que requieren de una cierta contribución de la víctima del delito —no los de *intervención o acometimiento*— considera que el papel de la víctima apela a la “lógica de las condiciones detrás de la eficacia intimidatoria. Si el daño social resulta de la víctima que desatiende sus propios intereses, entonces, de hecho, la víctima, no el ofensor, debe ser disuadido de comportarse de una forma socialmente dañosa. Y esta intimidación de la víctima puede ser mejor lograda negándole la protección del Derecho penal si ella descuidó sus propios intereses”; véase “El papel de la víctima dentro del sistema de justicia criminal”, *op. cit.*, p. 27. En relación con los argumentos relativos al merecimiento y necesidad de la pena, véase por ejemplo Fiedler, *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung —unter besonderer Berücksichtigung des viktimologischen Prinzips*, Francfort del Meno, 1990.

⁷ En definitiva, sobre la base de criterios normativos en torno a la procedencia del castigo. Al respecto, Gómez Rivero, M.C., “Criterios normativos y nuevos problemas dogmáticos”, *Derecho penal contemporáneo*, Bogotá, marzo de 2003, pp. 59 y ss.

⁸ Hörnle, T., *Determinación de la víctima y culpabilidad*, trad. de Franchini, M., Martín, M., y Reyna, L., Buenos Aires, 2003, p. 116.

⁹ Hassemer, R., *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in §263, StGB*, *op. cit.*, p. 51.

Víctimas culpables: ¿victimodogmática, dogmática penal o intuición?

Sin negar a las tesis victimodogmáticas el mérito de haber representado uno de los más acabados intentos de dar cabida al papel de la víctima en la teoría del delito, a nadie se oculta que, en realidad, todos y cada uno de sus postulados han sido contestados enérgicamente por buena parte de la doctrina, que a través de distintos argumentos se esfuerza en poner sobre el tapete la improcedencia de aquella construcción. Por encima de su diversidad, todas ellos convergen en la idea de lo insostenible que supone la instauración de deberes de defensa por parte de quien sufre un daño.¹⁰ Así, por ejemplo, escribe Roxin que “un hurto sigue siendo un hurto, aunque la víctima haya procedido de modo sumamente descuidado” y entenderlo de otra manera “sería modificar la ley, no interpretarla”.¹¹ Se advierte, además, la intolerable *privatización* del Derecho penal a que conduce un razonamiento de esa guisa. Porque entonces se olvidaría que, aun cuando los bienes en concreto lesionados tengan en su origen un cariz privado (así sucedería con el reconocimiento del derecho a la propiedad, lesionado, por ejemplo, por el delito de robo), la protección que brinda esta rama del ordenamiento jurídico desborda por completo las fuentes del nacimiento o reconocimiento del Derecho para poner el acento, en su lugar, en que la gravedad de la lesión (en virtud del medio o forma con que se ataca el bien) justifica la intervención de un Derecho que es, ante todo, público. Esta consideración enlazaría a su vez con la crítica relativa a la

improcedencia de recurrir al principio de la *subsidiariedad* del Derecho penal para justificar la imposición de deberes de autodefensa a la víctima, un argumento sólo explicable desde un mal entendimiento de aquel principio, que está llamado a regir sobre otras medidas estatales de protección, y no frente a la propia tutela del individuo.¹² De nuevo en palabras de Roxin, “extender el principio de subsidiariedad a las posibilidades de protección del ciudadano sería desconocer que los ciudadanos precisamente han establecido el poder estatal entre otras cosas para descargarse a sí mismos de las tareas de protección: donde ‘vigila el ojo de la ley’ el particular puede dedicar sus energías al desarrollo en vez de al mero aseguramiento de su personalidad”.¹³

No se agotan en las anteriores las críticas formuladas a los planteamientos victimodogmáticos. Junto con ellas se sitúan las voces que llaman la atención sobre lo intolerable que resulta trazar una suerte de catálogo de la *buena víctima*, entendiendo por tal el despliegue de un comportamiento que, unas veces, pasaría por mostrar cierta sumisión y otras, la mayoría, por ser diligente en la protección de los bienes propios, con el consiguiente traslado de cuotas de responsabilidad a las víctimas más ingenuas, distraídas o confiadas. Todo ello sin olvidar que el establecimiento de tales deberes de protección supondría una inaceptable privación de seguridad jurídica a la víctima, así como una merma intolerable de su libertad,

¹⁰ Sobre las distintas críticas, véase Roxin, C., *Derecho penal, parte general*, tomo I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de la 2ª ed. alemana por Luzón Peña, García Conlledo, Vicente Remesal, Madrid, 1997, pp. 564 y ss. Hillenkamp, T., *Vorsatztat und Opferverhalten*, op. cit., pp. 172 y ss.; Jescheck, H.H., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, trad. de Miguel Olmedo, Granada, 2002, p. 272; Günther, *Festschrift für Theodor Lenckner*, 1987, pp. 78 y s. Hassemer, W., “Consideraciones sobre la víctima del delito”, *ADPCP*, 1990, pp. 249 y ss.: “la línea victimológica lleva a la teoría del injusto a un punto en el que hay que plantearse la cuestión de la vigencia de la norma. Y lo hace desde el momento en que coloca el principio de necesidad en el centro de la teoría de la protección de los bienes jurídicos”, p. 250. En nuestra doctrina, con abundantes referencias doctrinales, véase Tamarit Sumalla, J.M., *La víctima en Derecho penal*, op. cit., pp. 34 y ss., 49 y ss. Cancio Meliá, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pp. 240 y ss., quien destaca el inseguro ámbito de aplicación al que da paso, lo que entre otras causas se debe a la ausencia de suficientes fundamentos normativos; Feijóo Sánchez, B., “Actuación de la víctima e imputación objetiva”, op. cit., pp. 303 y ss., quien destaca que tales consideraciones conllevan “el fracaso de la función del Derecho penal, su renuncia como Derecho público y la transformación indeseable de nuestra sociedad en una sociedad de desconfianza”, o que no tienen que ver con la necesidad de respetar el principio de mínima intervención: “la exigencia constitucional de utilizar la pena sólo cuando sea necesaria se refiere a los diversos medios de intervención que tiene el Estado para cumplir sus funciones, pero no a la delegación de dichas funciones en manos de particulares”, p. 304.

¹¹ Roxin, C., *Derecho penal, parte general*, t. I, op. cit., p. 564.

¹² Hillenkamp, T., *Vorstatz und Opferverhalten*, op. cit., pp. 175 y ss. Este tipo de argumentos es contestado por Schünemann, B., para quien cuando puede evitarse el daño mediante un comportamiento de la víctima, es ésta quien debe ser disuadida en primera instancia, privándole de la protección penal: “y desde un punto de vista teórico, la idea de la subsidiariedad, desde su origen, tampoco se limita a afirmar que el mismo Estado ya posee medios más leves a su disposición para la protección de bienes jurídicos. Antes al contrario, conforme a la idea fundamental del contrato social, según la cual cada ciudadano renuncia sólo a la libertad que es necesaria para garantizar la protección entre ciudadanos, el ciudadano conserva para sí el poder de disposición sobre sus bienes jurídicos, y sólo necesita del Estado allí donde sus propias fuerzas son insuficientes para ello”. “Protección de bienes jurídicos, *ultima ratio* y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de Derecho liberal”, *Limites al Derecho penal, Principios operativos en la fundamentación del castigo*, ed. española (Ricardo Robles Planas), Barcelona, 2002, pp. 80 y s.

¹³ Roxin, C., *Derecho penal, parte general*, t. I, op. cit., pp. 564 y ss.

puesto que “privar de protección penal al que confía ingenuamente, convertiría la malicia, la desconfianza y la temerosa obsesión por la seguridad en la ley de la convivencia social, disminuyendo así la libertad del ciudadano fiel al Derecho”.¹⁴ Es lo que a su vez explica las voces críticas de quienes denuncian que los planteamientos victimodogmáticos terminan de un modo u otro dando entrada a la formulación de juicios de culpa o reproche a la víctima, que no sólo desenfocan el sentido del enjuiciamiento, sino que son capaces de desplazar a las construcciones técnicas, fruto de la elaboración dogmática del delito.

Como quiera que sea, hay que reconocer que las voces críticas a esta construcción en absoluto han supuesto la renuncia al empeño por encontrar un apoyo argumentativo que de manera sólida se preste a la toma en consideración del papel de la víctima en la valoración del hecho delictivo. Sí han determinado, sin embargo, la generalización de un enfoque distinto, que pone decididamente el acento en la conveniencia de canalizar aquella pretensión, de la mano de las posibilidades que ofrecen algunas de las construcciones más sólidas y consolidadas de la actual teoría del delito.¹⁵ Entre las ventajas de tal proceder habría de contarse la de sortear el componente eminentemente valorativo y, con ello, de inseguridad, que es consustancial a la arrogación por parte del juzgador de la potestad de calificar el comportamiento de la víctima sobre la base de las circunstancias –fácticas– del supuesto concreto, extrañas en todo caso a su reconducción dogmática. Frente a este razonamiento y al excesivo arbitrio a que da paso, la virtud de esta otra vía sería la de ceñir la filtración de la relevancia del comportamiento de la víctima a los cauces elaborados con carácter general por la dogmática penal, garantizándose así el escrupuloso respeto de las garantías que son propias de su entramado.¹⁶

Entre los expedientes singularmente propicios para conceder un papel a la víctima sobre la base de aquellas premisas se cuentan las posibilidades de atenuar e incluso de excluir la pena que ofrece el consentimiento¹⁷ o, de forma muy destacada en el estado actual de elaboración dogmática del delito, los asociados a las doctrinas de la imputación objetiva, auténticas protagonistas de la normativización de la disciplina penal y a las que tendremos ocasión de referirnos a lo largo de estas páginas. Aun aceptando como punto de partida la ventaja antes destacada, esto es, que el recurso a las clásicas construcciones inyecta en la materia una importante dosis de seguridad jurídica, hay que reconocer que el empleo de uno u otro expediente no garantiza, sin más, el acierto de las soluciones. Ello hasta el punto de que en ocasiones su mérito parece tener que ver, más con el esfuerzo por reconducir formalmente la solución a aquellas construcciones dogmáticas que con la garantía de la exacta adecuación material de aquélla a estos. Así lo evidencia la facilidad para reconducir el tratamiento del problema a etiquetas que, al final, tan sólo aseguran un rótulo, pero no el alcance de las soluciones. No hay mejor modo de comprobarlo que la atención a los variados resultados que puede arrojar la contemplación del papel de la víctima de la mano de los expedientes ya citados del consentimiento o de la imputación objetiva.

Para empezar, y por lo que al recurso al consentimiento se refiere, sabido es que cobra un doble valor en la teoría del delito. El primero, excluir la responsabilidad por un resultado lesivo cuando el titular de un bien jurídico de naturaleza disponible consiente en su lesión. Requisito ineludible al respecto será comprobar que efectivamente aquél obró en condiciones de plena libertad que permitan calificar su comportamiento como emanación de una voluntad libremente formada y, con ello, como expresión del libre desarrollo de su

¹⁴ *Ibidem*, p. 565.

¹⁵ En este sentido, Cancio Meliá, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, *op. cit.*, p. 254, donde destaca la necesidad de reconducir el tratamiento del papel de la víctima a la teoría del delito, sin necesidad de “crear una especial victimodogmática”. Ya antes, véase Silva Sánchez, J.M., “Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito. Introducción al debate sobre la victimodogmática”, *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro homenaje al Prof. Antonio Beristain*, 1989, pp. 633 y ss., quien apunta el rendimiento de los criterios de imputación objetiva en esta materia.

¹⁶ Así se pronuncian Tamarit Sumalla, *La víctima en Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 51 y ss., o Silva Sánchez, J.M., “La consideración del comportamiento de la víctima en la Teoría Jurídica del Delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la ‘víctimo-dogmática’”, *Cuadernos de Derecho Judicial, La victimología*, Madrid, 2013, pp. 31 y s.

¹⁷ En este sentido, por ejemplo, Portilla Contreras, G., “Tratamiento dogmático-penal de los supuestos de puesta en peligro imprudente por un tercero con aceptación por la víctima de la situación de riesgo”, *CPC*, 1991, pp. 695 y ss., y 711 ss. En relación con las puestas en peligro consentidas, véase Mir Puig, S., “Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente”, *ADPCP*, 1991, pp. 259 y ss. Con amplias referencias doctrinales puede verse la exposición que ofrece Cancio Meliá, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 145 y ss.

Víctimas culpables: ¿victimodogmática, dogmática penal o intuición?

personalidad. Dejando de momento a un lado las posibles objeciones que plantea la pretensión de solucionar la problemática propia de las autopuestas en peligro de la mano del consentimiento,¹⁸ interesa llamar la atención acerca de la relatividad de los resultados que arroja. Así lo propicia ya la dificultad para solucionar los casos donde exista cierto margen para interpretar el grado de libertad de quien expresa con su actuación su disposición a lesionar un bien jurídico del que es titular. En tal sentido, por ejemplo, habría que preguntarse si obra de modo libre quien consiente la extracción de un órgano no vital, como pueda ser un riñón, a cambio de 100, 200 o 500 euros. En segundo lugar, y en relación ahora tanto con los bienes disponibles como indisponibles, recordemos que el consentimiento adquiere también un papel clave a la hora de solucionar los casos en que su titular decide ponerlo en peligro, con la consecuencia de que, en caso de que finalmente sobrevenga el resultado lesivo, el Derecho habría de renunciar a dispensarle protección. Como escribiera Mir Puig, en una sociedad basada en la libertad resulta “positivo y obligado constitucionalmente no obstaculizar la posibilidad de elegir libremente poner en peligro la propia vida, aunque sea exponiéndola a la conducta imprudente de otra persona: conduce a admitir la eficacia exigente del consentimiento verdaderamente libre en una acción imprudente”.¹⁹ Pero de nuevo las dudas están servidas. Así, por ejemplo, ¿puede afirmarse realmente que se expone de modo voluntario a un peligro el trabajador que acepta un puesto de trabajo pese a que el empresario no le proporciona las medidas de seguridad reglamentarias?

Si el recurso al consentimiento como expediente al que canalizar la relevancia de la actuación de la víctima está necesitado de ulteriores concreciones de las que en última instancia dependerá la solución al supuesto de hecho de que se trate, el abanico de posibles soluciones se dispara cuando la vía dogmática elegida remite a la teorización propia de los criterios de imputación objetiva.²⁰ Conocido es que en la actualidad se acepta de modo generalizado el rendimiento y la utilidad de estos criterios para acotar en el plano de la tipicidad objetiva las conductas con relevancia penal. Pero sabido es también que más allá de este punto de partida, su concreta configuración dista de ser unánime, hasta el punto de que, como se ha dicho, “no puede hablarse aún de que exista una teoría de la imputación objetiva”.²¹ Las discrepancias se extienden, en efecto, desde la concreción del alcance de estas doctrinas –como relativas a la imputación de la conducta, del resultado o de ambos–, hasta la determinación de los elementos que integran su comprobación –si se conforman en términos puramente objetivos o si por el contrario dan también cabida a aspectos subjetivos, de modo especial a los conocimientos del autor–, pasando por el debate en torno a la estructuración y al papel de cada una de las secuencias que componen su comprobación.²² La naturaleza normativa de tales criterios en cualquiera de sus sistematizaciones determina que su rendimiento sea tributario, por definición, del concreto contenido de que se doten, con la consiguiente facilidad para arrojar distintos resultados a un mismo problema.²³ Precisamente una de las mejores muestras al respecto lo ofrece el debate en torno a la

¹⁸ Por todos, Cancio Meliá, M., “Conducta de la víctima y responsabilidad jurídico-penal del autor”, *Estudios de Derecho Penal*, Lima, 2010, pp. 101 y ss., para quien el diagnóstico psíquico no puede ser decisivo en tanto que el ámbito de consecuencias por la que puede ser responsable no se reduce a lo abarcado desde su perspectiva consciente (p. 103).

¹⁹ Mir Puig, S., “Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente”, *op. cit.*, pp. 259 y ss.

²⁰ Entre los que, por cierto, algunos autores reconducen la atención al consentimiento. Por todos, De la Gándara Vallejo, B., *Consentimiento, bien jurídico e imputación*, Madrid, 1995, p. 172, para quien el valor del consentimiento es el de “actuar como causa de exclusión de la imputación objetiva”.

²¹ Suárez González, C., y Cancio Meliá, M., “Estudio preliminar a Jakobs”, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1996, p. 21.

²² Bastaría en este punto con recordar la discusión en torno a si el criterio del ámbito de protección de la norma tiene autonomía y consistencia frente al de creación de un riesgo no permitido. Al respecto, por todos, Frisch, W., *Comportamiento típico e imputación del resultado* (trad. de Cuello Contreras y Serrano González Mourullo), Barcelona, 2004, pp. 94 y ss. En nuestra doctrina, por ejemplo, Martínez Escamilla, M., *La imputación objetiva del resultado*, *op. cit.*, pp. 171 y ss., 269 y ss., para quien “con esta ‘ulterior’ limitación de la imputación objetiva realmente lo que se está negando o afirmando es su presupuesto: la creación de un riesgo típicamente relevante”, p. 366. Tamarit Sumalla, J.M., *La víctima en Derecho penal*, *op. cit.*, p. 95. Otros autores apuntan al solapamiento de este criterio con el deber objetivo de cuidado en el delito imprudente; por ejemplo, Gimbernat, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1990, pp. 141 y s.

²³ Siguen siendo válidas las palabras de Martínez Escamilla, M., al señalar que el contenido de la teoría de la imputación objetiva “es, en la mayoría de los casos, tan impreciso que permite la justificación de cualquier solución: la elegida previamente y de manera intuitiva, dándose a veces la circunstancia de que distintos autores acuden al mismo criterio para, ante un mismo supuesto problemático, justificar soluciones opuestas”. “Introducción” a *La imputación objetiva del resultado*, *op. cit.*, p. XXIV.

relevancia que adquiriera en la explicación del suceso el comportamiento imprudente de la víctima, mereciendo una mención por separado los casos en que la situación de riesgo es emprendida conjuntamente por ésta y un tercero, por un lado, y aquellos otros en que la conducta realizada por quien sufre el daño es expresión de su reacción frente a la inicialmente puesta en marcha de modo doloso por un tercero.

Sabido es, en primer lugar, que entre los ensayos orientados a valorar el comportamiento imprudente de la víctima en el marco de su actuación conjunta con un tercero representó un punto de inflexión la propuesta formulada por Roxin, en el sentido de distinguir, atendiendo al modo en que se reparta la ejecución de la actividad de riesgo entre autor y víctima —con la consiguiente atribución del dominio del hecho a uno otro—, los casos de *autopuestas en peli-*

gro (Selbstgefährdung), por un lado, y *heteropuestas en peligro consentidas (Einwilligung in einer Fremdgefährdung)*, por otro,²⁴ dispensando un distinto régimen a cada caso, que sólo bajo determinadas condiciones pueden equipararse.²⁵ En concreto, mientras la participación en una autopuesta en peligro habría de considerarse impune desde el punto de vista del análisis del alcance del tipo,²⁶ la heteropuesta en peligro consentida sería, como regla general, punible, puesto que el suceso no es dirigido por la víctima y, por ello, está más indefensa frente al riesgo. Pese a las críticas formuladas contra esta construcción,²⁷ lo cierto es que su predicamento no ha sido menor en la doctrina de nuestro país, en la que el recurso a tal clasificación ha servido de base, en unas ocasiones, para distinguir la solución material que merece uno y otro supuesto;²⁸ y en otras, para fundamentar de modo diferente la im-

²⁴ Según Roxin, C., “El sentido de tal diferenciación radica en que en todo momento uno domina con su propia decisión la medida en que se quiere exponer al peligro procedente de sus propias acciones, mientras que el mero hecho de tolerar la puesta en peligro que es obra de otra persona deja a la víctima a merced de un desarrollo imprevisible, que a veces tampoco puede ser ya controlado ni interrumpido en un estadio en el que, en cambio, aún podría hacerlo quien se pone en peligro a sí mismo; y, además, quien se expone a una puesta en peligro por parte de otro no puede apreciar en el mismo grado la capacidad de éste para dominar situaciones arriesgadas a como podría apreciar la medida y los límites de su propia habilidad”. “Zur Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten”, *Festschrift für Gallas zum 70 Geburtstag*, Berlín, 1973, pp. 243 y ss. Existe traducción al español: “Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes”, *Problemas básicos del Derecho penal* (trad. Luzón Peña), Madrid, 1976, pp. 190 y ss. Entre los seguidores de esta construcción en la doctrina alemana puede citarse, entre otros, a Zipf, *Einwilligung und Risikouöbernahme im Strafrecht*, Berlín, 1970, pp. 70 y ss., o Dölling, D., “Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers”, *GA*, 1984, pp. 71 y ss.

²⁵ No sería posible en estas líneas ahondar en los detalles de su construcción. Baste con recordar que los esfuerzos de este autor se han concentrado en poner sobre el tapete cómo, lejos de tratarse de una cuestión relativa al consentimiento, el problema de la participación de la víctima en una situación de riesgo encuentra su encaje en sede de imputación objetiva, en tanto que quien realiza una conducta de puesta en peligro debe responder por las consecuencias que de ella deriven. Por ello, considera, habrá de excluirse la imputación en los supuestos de autopuestas en peligro así como en aquellos que, aun calificadas de heteropuestas en peligro consentidas, concurren determinados requisitos que permitan la analogía de su régimen con los primeros: “en primer lugar, el daño ha de ser la consecuencia del riesgo corrido y no de otros fallos adicionales, y el sujeto puesto en peligro ha de tener la misma responsabilidad por la actuación común que quien le pone en peligro”. El sujeto debe ser además consciente del riesgo y prestar su consentimiento en la acción arriesgada causante del daño, lo que será el caso cuando asuma el riesgo en virtud de una propia y libre decisión, sin ser presionado por el causante del riesgo y sin haberse sometido a su voluntad. En estos casos procede la equiparación, “pues el mencionado menor poder de evitación del sujeto expuesto al peligro queda compensado en tal caso por la voluntad incondicionada de que se realice la acción con independencia de esa diferencia de riesgo”. *Festschrift für Gallas zum 70 Geburtstag, op. cit.*, pp. 241 y ss.; *Derecho penal, parte general, op. cit.*, pp. 386 y ss.; de modo más reciente, véase “La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida”, *InDret*, 1/2013. En la misma línea de introducir excepciones que permitan considerar impunes determinados casos de heteropuestas en peligro, puede verse, por ejemplo, Dölling, D., quien reserva tal solución excepcional para los casos en los que concurra lo que denomina un “consentimiento cualificado” (*qualifizierte Einwilligung*), que se apreciaría cuando el juicio de valor propio de la esfera de autonomía de la víctima a que se refiere su consentimiento, así como el de la finalidad pretendida con su acción superan al injusto propio de la acción de puesta en peligro de la vida, en “Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers”, *op. cit.*, pp. 71 y ss.

²⁶ En tanto que al ser impune en el Derecho alemán la participación en el suicidio, “es decir, una acción de matarse dolosamente, o también en una autolesión impune, tampoco puede ser punible la cooperación en una autopuesta en peligro dolosa... el fin de la protección del homicidio no cubre este caso; el alcance del tipo no se extiende a tales resultados”, *Derecho penal, parte general*, t. I, *op. cit.*, p. 387.

²⁷ Básicamente, tales críticas no sólo denuncian que no siempre está en condiciones de ofrecer anclajes sólidos para delimitar los distintos casos que pueden plantearse en la práctica, sino que su origen estuvo en buena medida apegado a la realidad del Derecho positivo alemán; y de forma específica, a la necesidad de ofrecer una solución plausible a los actos de colaboración en el suicidio, para los que ese ordenamiento no contempla un tipo especial, como sin embargo sí hace el nuestro. Sobre estas críticas, véase por todos Cancio Meliá, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 188 y ss., y también, de modo sintetizado, *Conducta de la víctima y responsabilidad jurídico penal del autor, op. cit.*, pp. 104 y ss., donde se ofrecen amplias referencias doctrinales.

²⁸ Gimbernat Ordeig, E., “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida”, en De Toledo y Ubieto, Emilio Octavio, Gurdíel Sierra, Manuel, y Cortés Bechiarelli, Emilio (coords.), *Estudios penales en recuerdo del Prof. Ruiz Antón*, Valencia, 2004, pp. 431 y ss.; *Nuevas posiciones de la dogmática jurídico penal, Cuadernos de Derecho Judicial*, 2006, pp. 95 y ss. Para Gimbernat la participación en una autopuesta en peligro debe considerarse impune en nuestro Derecho, ya que “si la

Víctimas culpables: ¿victimodogmática, dogmática penal o intuición?

punidad de ambas formas²⁹ y, en todo caso, quienes han advertido acerca de la utilidad relativa de aquella solución en ordenamientos como el nuestro, raramente han cuestionado la solución reservada para los supuestos de autopuesta en peligro, en el sentido de reconocer, por una u otra razón, la impunidad de quien participa en una decisión voluntaria de la víctima.

Los criterios de imputación objetiva también han adquirido protagonismo a la hora de ofrecer una solución a los casos en que la imprudencia de la víctima se contextualiza en el marco de la actuación dolosa de un tercero. Sin necesidad de entrar todavía en el detalle del modo en que operan, nos interesa de momento llamar la atención acerca de que su aplicación en este ámbito dista de asegurar soluciones homogéneas a la cuestión planteada. Ilustrativa resulta al respecto una somera aproximación al tratamiento propuesto para algunos casos planteados ante los tribunales de justicia, y que han propiciado un intenso debate doctrinal. Podríamos referir de modo paradigmático el supuesto resuelto por la STS del 17 de septiembre de 1999. Recordemos que en ella se enjuiciaba la conducta de Federico, quien había mantenido una discusión con Francisco Manuel a consecuencia de un comentario del primero, que derivó en una pelea cuando Francisco Manuel propinó un tortazo a Federico que le tiró al suelo. Éste se levantó y cogió una silla de plástico que se hallaba en la terraza, momento en el que también la asió Francisco Manuel, comenzando así un forcejeo

entre ambos a consecuencia del cual éste cayó al suelo. A consecuencia de la caída Francisco Manuel sufrió una fractura subcapital del hombro derecho, quedándole como secuela una cicatriz de perjuicio estético moderado, así como una limitación del movimiento del hombro y dolor.

Este ejemplo ilustra cómo el recurso a los criterios normativos de imputación ha servido de base para sostener las soluciones más variadas que, a menudo, sólo bajo una falsa etiqueta permiten presentarse como decisiones derivadas de la estricta aplicación de aquellos principios. En concreto, la aceptación de tales criterios ha permitido, en primer lugar, excluir la responsabilidad por un delito de lesiones de quien materialmente causó la fractura del hombro a la víctima. Fue ésta precisamente la solución sostenida por el TS, al entender que la lesión se produjo “porque el perjudicado se ha introducido por propia decisión en la situación peligrosa que él mismo provocó con su primera agresión. En efecto, es la víctima la que, con su comportamiento anterior (golpe propinado al acusado), provocó que éste cogiera una silla de plástico, que podía ser considerada peligrosa para aquélla. Es también por su propia decisión que la víctima comienza el forcejeo que determinó su caída, continuando de esa manera en la situación peligrosa... evitar la conducta del agresor no estaba en el ámbito de la responsabilidad del recurrente y consecuentemente el resultado producido no puede serle atribuido en su

participación imprudente en un suicidio ‘imprudente’ [...] es impune, con mayor motivo tiene que serlo [...] en una autopuesta en peligro que desemboca en la muerte de la víctima” (*imputación objetiva, op. cit.*, p. 444); por el contrario, la heteropuesta en peligro es punible en nuestro Derecho, ya que la imprudencia de la víctima no puede eximir de responsabilidad al causante culposo de la lesión del bien jurídico (*ibidem*, pp. 445 y ss.), sin perjuicio de que tal circunstancia pueda ser tenida en cuenta en la determinación de la pena dentro del marco punitivo que corresponda a la imprudencia –grave o leve– del agente (*ibidem*, p. 447).

Partiendo también de la diferencia entre los grupos de casos señalados por Roxin, debe señalarse a Luzón Peña, D.M., quien desarrolla el principio de alteridad o de no identidad como fundamento de la imputación. Con carácter general, sostiene la imputación de la autoría en la heteropuesta en peligro, aun cuando la situación de riesgo sea aceptada o consentida por la víctima ya que ésta no domina o determina objetivamente el riesgo (todo ello sin perjuicio de que, pese a la imputación, el consentimiento pueda en algunos delitos operar como causa de justificación o de atipicidad). En los casos de mera participación en una autopuesta en peligro entiende que el riesgo no es imputable al partícipe, en “Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuestas en peligro, heteropuestas en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 15, 2011; publicado también en *Nuevo Foro Penal*, núm. 74, 2010, pp. 58 y ss.

²⁹ Es el caso de García Álvarez, P., quien, en primer lugar, fundamenta la impunidad de las autopuestas en peligro por tercero consentidas sobre la base del respeto del libre desarrollo de la personalidad del titular del bien jurídico. *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Valencia, 1999. Distingue esta autora entre los supuestos de autopuestas en peligro, que habrían de considerarse impunes ya en sede de autoría y participación –con carácter previo a la imputación objetiva– en tanto se trata de la participación en una conducta atípica, y los de heteropuestas en peligro, cuya impunidad se justifica por la inexistencia de un riesgo que deba ser reputado como penalmente relevante –y por lo tanto, en sede de imputación objetiva–. De modo crítico véase Feijóo Sánchez, B., “Actuación de la víctima e imputación objetiva”, *RDPC*, 2000, quien formula sus críticas precisamente al hilo de la valoración que le merece la construcción de aquella autora. Entre otros argumentos, señala lo desenfocado del criterio para solucionar el problema, puesto que “La cuestión no es si imputamos un hecho típico a varias personas (entre ellas la persona lesionada) sino si más allá de criterios causales el dato de que el titular del bien jurídico lesionado haya intervenido en el hecho tiene como consecuencia que se le niegue a ese hecho relevancia típica”, p. 287.



totalidad. A ello se debe agregar que el perjudicado podía calcular el peligro de su caída de la misma manera que el recurrente. En suma: hubo provocación de riesgo por el perjudicado, quien al decidir su actuación podía y pudo tener conciencia del peligro que asumía”. Conforme a estos argumentos, el TS consideró que los hechos debían calificarse como una falta del art. 617.2.³⁰

Frente a este primer modo de razonar, no han sido escasas las críticas doctrinales que, a la par de mostrar su disconformidad con el fallo, han ensayado soluciones alternativas.³¹ Por encima de su detalle interesa destacar lo llamativo que resulta cuando esas otras construcciones se arbitran de la mano de los criterios de imputación, y éstos permiten llegar a resultados diametralmente opuestos al sostenido por la Sentencia³² que también, al menos formalmente, razonaba sobre la base de los criterios de imputación objetiva.

Tal variedad de soluciones amparadas por el mismo paraguas de la imputación objetiva delata la maleabilidad de la pretensión de reconducir a su concepto los cauces bajo los cuales resulte admisible trazar ámbitos objetivos de responsabilidad de la víctima y del autor. Es más, a nadie debiera extrañar la debilidad de dicho esfuerzo en orden de conseguir soluciones homogéneas cuando se ha prestado, incluso, a presentarse como cobertura de otros expedientes más o menos trasnochados que sin embargo se revisten de esta otra argumentación.³³

El panorama anteriormente descrito puede resultar ciertamente desolador. Porque si tras criticar las doctrinas victimodogmáticas se cuestiona el rendimiento en la materia que nos ocupa del recurso a los expedientes consolidados de la teoría del delito, en particular a los criterios de imputación objetiva, bien pudiera quedar la impresión de que, al final, por una

³⁰ “Dado que no es posible afirmar que la lesión que hubiera producido el peligro creado por la acción del recurrente hubiera requerido, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico en la forma exigida por el art. 147.1 CP y sólo cabe tener en consideración el maltrato de obra”.

³¹ Sin ser éste el lugar para adentrarse en dichos criterios alternativos, sirva de ilustración los propuestos por Díaz y García Conlledo, M., y Paredes Castañón, J.M. (coords.), *La relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, León, 2004, pp. 45 y ss., quienes proponen como primera línea de solución la atención a las conductas de autoría y de participación. Si la conducta del autor fuera imprudente, quien se calificara de partícipe en ella habría de quedar impune conforme al reconocimiento de la impunidad de la participación por imprudencia.

³² Así, por ejemplo, en el concreto caso enjuiciado por la STS de 17 de septiembre de 1999, Cancio Meliá, M., y Peñaranda Ramos, E., consideran al agresor –Federico– autor de las lesiones que le sería imputables, en contraposición al criterio seguido por la Sentencia. Díaz y García Conlledo y Paredes Castañón (coords.), *La relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, León, 2004, pp. 15-25. No se oponen estos autores a reconocer al comportamiento de la víctima con carácter general capacidad para excluir la relación de imputación objetiva, pero sí a que su alcance en el caso sometido a enjuiciamiento deba ser ése. Para que procediera la exclusión de la imputación del autor conforme a lo que denominan “imputación al ámbito de autorresponsabilidad de la víctima” como un elemento más del primer nivel de la teoría de la imputación objetiva, la imputación objetiva del comportamiento, exigen que la víctima emprenda conjuntamente con el autor una actividad que puede producir la lesión del bien jurídico: “La actividad generadora del riesgo puede ser imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, en la medida en que –en primer lugar– la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima, –en segundo lugar– la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor, por carecer éste de la responsabilidad o de la base cognitiva necesarias para poder ser considerada autorresponsable, y –finalmente, en tercer lugar– el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima”, pp. 30 y s.

³³ Es el caso de los argumentos que razonan sobre la base de la estricta relación de causalidad, aun cuando formalmente se camuflan bajo argumentos de imputación objetiva. Así lo denuncian Gonzalez Cussac y Mira Benavent en Díaz y García Conlledo y Paredes Castañón (coords.), *La relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, León, 2004, pp. 107 y ss. Estos autores llevan a cabo una comparación de la ya referida STS de 17 de septiembre de 1999 con la STS de 3 de mayo de 1995, caso “lanzagranadas”. El teniente cargó con un cartucho el lanzagranadas durante una clase de prácticas y posteriormente se ausentó del lugar sin comunicar dicho extremo al cabo y al sargento. Éstos efectuaron un disparo con el arma en la creencia de que estaba descargada, resultando uno de ellos lesionado. El TS consideró que el teniente “fue única y exclusivamente quien creó el riesgo al introducir el cartucho en el simulador del lanzagranadas sin que ninguno de los demás asistentes a la clase se diera cuenta de ello”. Según los citados autores, si el TS realmente manejase criterios de imputación objetiva la solución debería haber sido la opuesta, tanto en este caso como en el de la silla: “lo que no se comprende es que en el caso del ‘lanzagranadas’ el TS valora únicamente el riesgo creado por el otro interviniente en los hechos (cargar el arma con un cartucho) e ignora de forma absoluta una norma de cuidado explícita que incumbe a la víctima y cuyo incumplimiento originó un incremento del riesgo permitido que se realizó en el resultado, mientras que en la STS de 17 de septiembre de 1999 opera de forma diametralmente opuesta: valora únicamente el comportamiento de la víctima e ignora de forma absoluta el riesgo creado por el otro interviniente en los hechos”. Consideran estos autores que las razones que explican esta solución se deben a que, en realidad, el Tribunal tan sólo se ocupa de determinar cuál ha sido en cada caso la causa primera u originaria que produce el resultado para a continuación imputarle el resultado: “En efecto: en el caso del ‘lanzagranadas’ todo empieza con la conducta del teniente al introducir un cartucho en el lanzagranadas sin avisar a nadie, mientras que en el que ya podemos denominar ‘caso de la silla’ todo empieza con el tortazo que la víctima propinó al otro interviniente en los hechos, circunstancia que la sentencia parece que valora de forma decisiva para imputar el resultado al ámbito de responsabilidad de la víctima y no del autor” (p. 118).

Víctimas culpables: ¿victimodogmática, dogmática penal o intuición?

u otra vía, tan estéril es un esfuerzo como otro, con la consecuencia, entonces, de terminar reconociendo que, se vista del ropaje de que se vista, sólo hay dos caminos: o renunciar a la atención del papel de la víctima en la teoría del delito o, admitir que, de un modo u otro, los resultados de tal atención dependen, en exclusiva, de la percepción de los hechos por el juzgador y de la valoración que le merezca. La pretensión de las líneas que siguen es analizar si realmente son las descritas las únicas alternativas o si, por el contrario, aún es posible llegar a una conclusión distinta.

II. Delimitación del problema y aproximación a las bases de su solución

En las páginas anteriores nos hemos referido de modo genérico a la relevancia que puede adquirir el comportamiento de la víctima en la determinación de la responsabilidad penal del autor. Si dejamos a un lado las posiciones propias del pensamiento victimodogmático, podríamos afirmar que el debate actual en torno al eventual protagonismo de la víctima en la explicación del suceso está marcado por un importante rasgo común. Se trata de la exigencia de que quien sufre el daño haya intervenido de algún modo con su comportamiento en la situación de riesgo, esto es, que se haya implicado en ella, al menos motivado por las circunstancias en las que –involuntariamente– se viese envuelto. Quiere con ello resaltarse que se expulsan del ámbito problemático los casos en los que el eventual *reproche* que pudiera formularse a la

víctima se agote en su mera pasividad o dejadez, entendiendo por tal la ausencia de adopción de medidas de protección ante la actuación cierta o previsible de un tercero. A esta última constelación de casos pertenecerían ejemplos como el de quien deja las llaves del coche puestas, la puerta de su vivienda abierta o pasea a altas horas de la madrugada por una zona de riesgo. Se trata de comportamientos que, aun siendo ciertamente causales en la explicación del suceso, sólo podrían adquirir relevancia en la determinación de la pena del autor en caso de que se exigiera a la víctima una serie de deberes de autoprotección, algo inexigible conforme al pensamiento mayoritario actual, en clara contraposición a las más radicales doctrinas victimodogmáticas.³⁴

Ahora bien, el reconocimiento de este rasgo general, común a todos los supuestos, no significa desconocer las importantes diferencias que median en la fenomenología de los distintos grupos de casos que pueden presentarse en la práctica y cuya atención, según podremos comprobar, resulta esencial para sentar las bases de su respectivo tratamiento. En concreto, es posible distinguir, en primer lugar, aquellos en los que el protagonismo de la víctima tenga lugar en el origen mismo de la situación de riesgo. Aun cuando este primer grupo de casos comprende también los de concurrencia de una imprudencia de la víctima paralela a la actuación de un tercero (por ejemplo, peatón que camina invadiendo la calzada en plena noche y es atropellado por un vehículo que conduce a más velocidad de la permitida), estas consideraciones se centran en los supuestos en que la víctima y el tercero

En definitiva, critican estos autores el recurso nominal a los criterios de imputación cuando, en realidad, el TS atiende al primer eslabón de la cadena causal. Este proceder explica, a su juicio, que el resultado no tenga nada que ver con el que habría derivado en realidad de la aplicación de las doctrinas de imputación: “En el caso del ‘lanzagranadas’, el autor crea un riesgo jurídico penalmente desaprobado al cargar el arma con un cartucho sin dar aviso de ello a los que posteriormente realizaron un disparo. Pero dicho peligro no se realiza en el resultado lesivo finalmente producido, sino que se encuentra sólo conectado causalmente con el mismo; y no se realiza porque... es la conducta de la víctima la que origina un incremento de ese riesgo inicial, siendo este incremento del riesgo el que se realiza en el resultado lesivo que estaba cubierto por el fin de protección de la norma objetiva limitadora del riesgo permitido en el uso del arma, ya que su conducta alternativa conforme a dicha norma (no situarse detrás de quien dispara el arma) sin duda habría salvado su propio bien jurídico puesto en peligro por la conducta inicial del autor” (p. 123). Sin embargo, en el caso de la silla, dado que “de dar una bofetada no se sigue necesariamente una fractura del hombro derecho del que la propinó, tendremos que concluir que dicho peligro no se realizó en el resultado descrito y que, por tanto, no es procedente imputar el resultado al ámbito de responsabilidad de la víctima” (p. 125).

³⁴ Así, por ejemplo, considera Silva Sánchez, J.M., que la afirmación de que la no adopción de medidas de protección por el sujeto pasivo determina que decaiga la protección penal no puede producir más que cierta “perplejidad”, en tanto que “podría conducir a pensar que hay deber de oponerse a las agresiones”, con el consiguiente renacimiento de las formas de justicia privada: “En tales condiciones, no veo posible concluir que la adopción de medidas de autoprotección (preventivas o reactivas) deba ser algo usual, razonable y exigible”. Frente a ello, continúa el autor, “sí puede verse como algo exigible –al menos en cierta medida– que no se realicen actos que directa o indirectamente puedan redundar en una lesión de los propios bienes jurídicos por terceros. Esto es, que no se favorezca conscientemente la puesta en peligro ni se intensifique conscientemente el grado del mismo al que están sometidos los bienes jurídicos de los que es titular... ello significará que la eventual responsabilidad de la víctima sólo empezará cuando, no ya ante un riesgo genérico e indiferenciado, sino ante un riesgo concreto y relevante cualitativa y cuantitativamente, se opta por exponerse al mismo”. “La consideración del comportamiento de la víctima en la Teoría Jurídica del Delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la ‘víctimo-dogmática’”, *op. cit.*, pp. 30 y ss.

empresen de modo conjunto la actividad peligrosa, ya sea desencadenando el riesgo, aceptando el generado por un tercero o participando en la actuación de aquél a quien es atribuible su puesta en marcha. Característico de estos casos es que la víctima asume el origen de la situación de riesgo con un comportamiento *planeado* o, al menos *aceptado*, junto con el tercero. Frente a ellos, en segundo lugar, habría que distinguir los supuestos en los que la actuación del sujeto pasivo del daño —o, al menos, de la situación de riesgo—, tan sólo *se asocie* a la situación de peligro en que involuntariamente se ve envuelta, de modo tal que su conducta sea expresión de una reacción ante ella. Vayamos por partes.

La morfología del primer grupo de casos responde a la estructura propia de la participación de distintos sujetos en una actividad peligrosa, siendo en realidad su única peculiaridad el dato de que el riesgo recae sobre uno de los participantes, no sobre un tercero. Como ya se ha dicho, se trata de los supuestos en que la víctima está presente en la génesis misma del riesgo, ya sea sin dominio del hecho —los supuestos para los que buena parte de la doctrina ha acuñado la denominación de *heteropuestas en peligro*—, o como autor —para los que esa misma doctrina reserva la nomenclatura de *autopuestas en peligro*—. Aun cuando se parta de posiciones alejadas a la de los autores que, como Roxin, se muestran dispuestos a deducir de esta diferenciación consecuencias inmediatas en orden a la atribución normativa del comportamiento a la víctima, no por ello puede desconocerse la peculiar

morfología de cada uno de estos casos con vistas a analizar las posibilidades que, de acuerdo con su solución, ofrece ya la teoría de la autoría y participación en cuanto estadio previo al recurso de los criterios de imputación.³⁵

En efecto, la contemplación de los hechos desde aquellos esquemas lleva sin demasiadas dificultades a dar la razón tanto a los autores que sostienen la impunidad de las *autopuestas en peligro* sobre la base de un paralelismo con el tratamiento que el Código Penal reserva a determinadas formas de autoría y participación en el delito,³⁶ como a los que recuerdan que la participación en una conducta atípica —la de la víctima que se pone en peligro— es impune conforme a los esquemas generales de autoría y participación.³⁷ En realidad, el único problema que se plantea a la hora de reconducir el caso en cuestión a la morfología de las autopuestas en peligro es el de comprobar que quien se expone al peligro actúe de modo libre y consciente.³⁸ Tal vez uno de los ámbitos más ilustrativos al respecto lo ofrezca el relativo a los casos de transmisión del virus del sida, cuya dificultad no se debe la mayoría de las veces a la consideración de la conducta de quien asume el riesgo de contagio como una autopuesta en peligro —en tanto que puede poner fin cuando quiera a la situación de riesgo o, al menos reducir su peligrosidad mediante el empleo de medios de protección—. ³⁹ Por el contrario, aquella es tributaria de la complejidad de determinar si el comportamiento de la víctima puede considerarse en el caso concreto como voluntario y libre, lo que obliga a

³⁵ Así, por ejemplo, Díaz y García Conlledo, M., y Paredes Castañón, J.M., en Díaz y García Conlledo y Paredes Castañón (coords.), *La relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, León, 2004, pp. 45 y ss.; y Cancio Meliá, M., Peñaranda Ramos, E., y García Álvarez, P., *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, op. cit.

³⁶ Gimbernat Ordeig, E., “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida”, op. cit., pp. 443 y ss.: “como la conducta más grave —imprudente de participación en un suicidio— es impune... también tiene que serlo la menos grave, esto es: la participación imprudente en el suicidio ‘imprudente’ (p. 444). Y “si la participación *dolosa* en una autolesión *dolosa* es impune, con mayor motivo lo tiene que ser la participación *imprudente* en una autolesión *imprudente*” (pp. 444 y ss.).

³⁷ Díaz y García Conlledo, M., y Paredes Castañón, J.M., *La relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, op. cit., págs. 45 y ss: Si la conducta del autor fuera imprudente, quien se calificara de partícipe en ella habría de quedar impune conforme al reconocimiento de la impunidad de la participación por imprudencia; Cancio Meliá, M., y Peñaranda Ramos, E., *La relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, op. cit., pp. 15-25; García Álvarez, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, op. cit., en nota 29.

³⁸ Un ejemplo en el que la falta de conocimiento del alcance del riesgo impide apreciar la autopuesta en peligro lo ofrece el hecho enjuiciado por la SAP de Madrid, de 30 de marzo de 2006, relativa a un especialista cinematográfico que falleció al tirarse desde un viaducto para rodar una escena de suicidio. El responsable de la escuela de especialistas contratada por la productora tenía conocimiento de los problemas que presentaba el viaducto para realizar la secuencia por medio de un *puenting* convencional, lo que, según el fallo, impedía considerar los hechos como fruto de una decisión imputable a la víctima: el realizar actividades de riesgo no significa que el especialista “tenga que conocer y controlar los aspectos técnicos de un mecanismo de seguridad montado para impedir que al saltar al vacío se precipitara contra el suelo”.

³⁹ A la vista de la posición que ostenta el portador, Dölling, D., denomina estos casos como de puesta en peligro en coautoría (*Selbstgefährdung in Mittäterschaft*), impune conforme a los esquemas de las autopuestas en peligro. “Fährlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers”, op. cit., pp. 71 y ss.

Víctimas culpables: ¿victimodogmática, dogmática penal o intuición?

analizar por separado los distintos supuestos que pueden plantearse en la práctica.⁴⁰

La mención a este primer grupo de casos no podría cerrarse sin llamar la atención sobre un aspecto que no es más que la derivación de algunas premisas básicas relacionadas con los esquemas generales de la comisión por omisión; en concreto, que la solución de la impunidad que hemos defendido para los casos en que llegue a afirmarse que realmente la víctima se autopone en peligro habrá de ser una excepción allí donde quien participa en la situación de riesgo emprendida por ella ostente una posición de garantía que le obligue a actuar en el caso concreto, siendo tal vez el caso paradigmático el de las relaciones laborales, donde la singular posición del empresario impide considerar impune su conducta cuando, junto con su propia imprudencia concurra la del trabajador.⁴¹

Sin abandonar el primer gran bloque de supuestos, distintas se presentan las cosas cuando se trata de ofrecer una solución para los casos que presentábamos más arriba, caracterizados porque es el tercero quien realiza la conducta lesiva contando con el asentimiento de la propia víctima o incluso con su colaboración (los llamados casos de *heteropuestas en peligro*). No es de extrañar que estos últimos demanden el recurso a criterios adicionales a los que ofrece la teoría de la autoría y participación, en tanto que de ella no pueden deducirse directamente reglas con las que fundamentar espacios para la impunidad o, al menos, para una posible atenuación de la pena del tercero con base en el comportamiento de la víctima. Se explica por eso que, en su caso, tales soluciones deban venir de la mano del recurso a otros expedientes —en especial de los criterios de imputación objetiva— y, si desde su contemplación tampoco se vieran razones para sostener un tratamiento especial, deba concluirse, sin más,

la irrelevancia de la actuación de la víctima. Así, por ejemplo, afirma Gimbernat Ordeig que si el Código Penal castiga al que mata con dolo a otro, resultando irrelevante para ello que la víctima aceptara o no el riesgo de que la podía matar, no se ve motivo alguno para que en el homicidio imprudente deba regir otra cosa. Por ello, si el Código castiga al que por imprudencia grave o leve produce la muerte de otra persona, hay que entender que “la muerte ‘se causa imprudentemente’ tanto cuando la víctima ignora como cuando conoce el peligro al que está siendo sometida”. Y si en relación con las lesiones, el tipo doloso es aplicable tanto en los casos en que el sujeto asume el riesgo como cuando no lo acepta, “las lesiones imprudentes son asimismo aplicables, independientemente de que la víctima haya conocido y asumido, o no, el peligro al que la sometía el autor”.⁴²

No es aún el momento de entrar a valorar el rendimiento de este tipo de razonamiento. Por ahora, nos interesa seguir presentando la dificultad de los diferentes grupos de casos. Y en este sentido a nadie debiera extrañar que si la dogmática penal de la participación no es capaz de ofrecer para los supuestos de heteropuestas en peligro criterios con los que tener presente la peculiaridad del comportamiento de la víctima, por definición, aquel recurso resulta estéril en aquellos otros que presentábamos líneas más arriba, caracterizados porque el comportamiento imprudente de la víctima se explica como reacción defensiva a la actuación dolosa de un tercero. Bastaría traer a colación algunos de los casos enjuiciados por nuestro Tribunal Supremo, como el del chico que se arroja del camión en marcha ante el miedo que le provocan los requerimientos del conductor cuando éste le insiste en la entrega de su reloj e incluso le amenaza con sacarle una navaja. En éste y otros

⁴⁰ Según quien asume el riesgo tenga motivos para sospechar y, con ello, conocer la situación de riesgo, o, por el contrario, actúe amparado por el principio de confianza en torno a la condición de no portador de la persona con la que mantiene la relación. De ellos tuve ocasión de ocuparme en *La imputación de los resultados producidos a largo plazo. Especial referencia a la problemática del sida*, Valencia, 1998, pp. 163 y ss.

⁴¹ Véase, por ejemplo, Luzón Peña, D.M., “Principio de alteridad o de identidad vs. Principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuestas en peligro, heteropuestas en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo”, *op. cit.*, p. 17.

Debe observarse, con todo, que nuestros Tribunales no siempre parecen dispuestos a admitir este criterio. Así, por ejemplo, la SAP Barcelona de 2 de septiembre de 2003 absolvió al empresario por las lesiones sufridas por el trabajador que, a pesar de ser consciente de la inexistencia de medidas de seguridad para realizar su trabajo, se subió a un caballete próximo al hueco por el que finalmente se precipitó: La conducta del trabajador es “clamorosamente imprudente”, y de mayor entidad que la del empresario. “La culpa del trabajador ha sido causalmente determinante del resultado, puesto que *el empresario podría pensar que el trabajador en el caso de que no declinara realizar el trabajo adoptaría las medidas de seguridad*, incluidas la de ayudarse por otro trabajador. La infracción del deber de cuidado de la víctima es de mayor entidad: determinó en exclusiva la forma y circunstancias de la realización, determinando en última instancia el accidente producido”.

⁴² Gimbernat Ordeig, E., “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida”, *op. cit.*, p. 446.

casos, difícilmente puede decirse, en efecto, que la víctima participe en la situación originaria de riesgo y, con ello, descubrirse un paralelismo con los supuestos de autoría y participación, lo que explica que en la doctrina se hayan ensayado soluciones muy distintas para ofrecer una línea de solución a su problemática.⁴³ Pasando de momento por alto el juicio que puntualmente merezcan, interesa destacar que en realidad la dificultad para valorar el comportamiento de la víctima con miras a la atribución del resultado producido se ciñe sólo a los dos últimos grupos de casos referidos; a saber, el de participación de la víctima en la situación de riesgo generada y dominada por un tercero, así como el de su reacción ante el riesgo en que se ve envuelta.

En efecto, el problema que se plantea en cualquiera de esos supuestos es el de la atribución del hecho a los distintos intervinientes —incluida la víctima—, tratándose de determinar cuál o cuáles de ellos deba responder de sus consecuencias. Si así se quiere ver, la cuestión no diferiría de la que se suscita en la dogmática penal cada vez que se trata de determinar la responsabilidad de un sujeto, el que sea, por la producción de una consecuencia lesiva allí donde concurren distintos factores coadyuvantes. Sabido es que desde hace tiempo la doctrina coincide al señalar la insuficiencia en esta tarea de los criterios meramente ontológicos, y en su lugar apunta al recurso de

indole normativa que, sobre la base de un juicio de imputación, deben decidir el centro de atribución de responsabilidad penal. La única peculiaridad de los casos que nos ocupan es que en ellos aquel juicio de atribución normativa no se agota en enfrentar unilateralmente a un único autor con un resultado, sino que demanda el trazo de *ámbitos de responsabilidad* entre los distintos intervinientes; entre ellos, la propia víctima. La singular peculiaridad que inyecta en los hechos la atención al papel de quien sufre el daño explica que entre los criterios con los que mensurar la relevancia de su comportamiento haya adquirido un lugar destacado el llamado principio de *autorresponsabilidad* (*Selbstverantwortlichkeitsprinzip*), en tanto principio general derivado de la contemplación del ciudadano como sujeto libre⁴⁴ y, de modo específico, como expresión de su propia dignidad, que reclama el reconocimiento de un espacio de decisión que, en un modelo de Estado no paternalista, pueda consistir en una opción no sólo descuidada, sino incluso contraria a la protección de sus bienes. El reverso de tal principio sería la atribución —en términos normativos— del resultado lesivo a su ámbito propio de responsabilidad, allí donde la implicación de la víctima en el riesgo puesto en marcha y dominado por un tercero no sea más que la consecuencia de su decisión organizativa.

Con todo, obligado es reconocer que el anterior dista de ser un principio que goce de un reconocimien-

⁴³ Así, por ejemplo, Mayol Márquez, B., en relación con los casos que denomina “acciones defensivas de carácter autolesivo”, propone buscar los criterios de solución a partir de una *analogía con la legítima defensa*. Así, razona, igual que el agresor en la legítima defensa debe tolerar la defensa del agredido, “en los casos en que el agredido (víctima) reacciona a un ataque imputable plenamente al agresor mediante una acción de salvaguarda que recae sobre él mismo, tenga que ser el agresor, en principio, quien responda por las consecuencias que de ello deriven. Ello será así cuando la reacción de la víctima, de haber recaído sobre el agresor, hubiese entrado en los límites de lo permitido por la eximente legítima defensa”. “Acciones defensivas de carácter autolesivo derivadas de un peligro generado por el autor (Comentario a la STS de 26 de febrero de 2000)”, *Actualidad Penal*, 2001, p. 47. En cuanto a la fundamentación de la autoría, entiende que la calificación habrá de discurrir conforme a los esquemas de la autoría mediata, ya que el “agresor coloca a la víctima (agredido) en una situación en la que le obliga a elegir entre soportar el peligro amenazante o emprender una acción defensiva autolesiva”, p. 53. A partir de esta fundamentación considera que allí donde se den todos los requisitos objetivos y subjetivos de la legítima defensa el resultado habrá de verse como expresión de la creación del riesgo originada por el agresor con su acción. Si por el contrario faltara alguno de sus requisitos, la solución será distinta. En concreto, si falta la necesidad de defensa en abstracto, el resultado no podrá imputarse al autor; si falta la necesidad de utilización del medio defensivo en concreto, propone recurrir a los esquemas propios de la concurrencia de culpas.

⁴⁴ Resulta en este punto esencial la referencia a Zaczyk, R., quien a partir de los postulados de la filosofía de la moral kantiana y en concreto, del reconocimiento del sujeto del imperativo categórico como un ser dotado de racionalidad y de voluntad, eleva a principio fundamental en el ámbito de la relación interpersonal la idea de la autorresponsabilidad. Estas premisas le llevan, en primer lugar, a descartar la existencia de un injusto en los casos de autolesión (sobre la base de la constatación de la relación entre voluntad, acción y resultado de la lesión), en tanto no se afecta la relación interpersonal. Por su parte, en los casos de intervención de un tercero cuando la víctima obra con conocimiento de peligro, hace depender la solución de que se trate de un supuesto de autopuesta en peligro o de heterolesión imprudente. Estaremos ante lo primero cuando la víctima se expone libremente a la situación o no la rehúye. Si por el contrario, la víctima puede confiar de modo jurídicamente fundado en que un tercero domina el curso que conduce a la lesión, y nos encontraremos ante un caso de heteropuesta en peligro. Se trata, en definitiva, de comprobar si existe un deber especial de custodia a favor de la víctima, caso en el que se abandonaría el ámbito de responsabilidad del autor. *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, Heidelberg, 1993. Puede verse la traducción de Nuria Pastor en *Libertad, Derecho y fundamentación de la pena*, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 233 y ss.

Víctimas culpables: ¿victimodogmática, dogmática penal o intuición?

to indiscutido⁴⁵ y que incluso entre los autores que lo defienden no existe unanimidad ni en su formulación ni a la hora de fijar el trazo de sus consecuencias.⁴⁶ No obstante, sus distintas formulaciones resisten dos condiciones que pergeñan las claves esenciales de su comprensión, a la vez que marcan sus diferencias con las concepciones victimodogmáticas. La primera es, como recuerda Feijóo Sánchez, que a diferencia de los parámetros meramente fácticos sobre los que se asientan las consideraciones victimodogmáticas, el principio de autorresponsabilidad tiene una naturaleza normativa, en cuanto normativa es la cuestión relativa al alcance de los tipos penales, y “la mera constatación fáctica de la posibilidad de una mayor protección no puede ‘derogar’ la vigencia de esa norma”,⁴⁷ como sin embargo es propio del razonamiento victimodogmático.⁴⁸ La segunda llama la atención acerca de que, a diferencia también de cuanto sería propio de aquellas concepciones, no se trata con tal criterio de instaurar deberes de defensa que gravasen a la víctima, sino de trazar en aquella clave normativa el alcance de determinados ámbitos de renuncia a su protección expresados por su propio comportamiento activo.⁴⁹ Como puede comprobarse, la razón de ser de esta peculiaridad se halla estrechamente vinculada con aquella otra, en tanto que la pregunta en torno a cuál habría sido el resultado en caso de que la víctima se hubiera preocupado de protegerse remite a un plano meramente causal o naturalístico, pero por completo ajeno al punto de vista normativo propio de los criterios de imputación.

En las consideraciones que siguen adoptamos como punto de partida el reconocimiento de tal principio como espina dorsal de la solución de los respectivos ámbitos problemáticos que hemos delimitado. Así resulta del reconocimiento de que la cuestión atinente a la distribución de responsabilidad entre los distintos intervinientes cuando es precisamente uno de ellos quien sufre el daño reclama, ante todo, marcar los límites de su propia responsabilidad. Con base en esta idea, nos adherimos a la postura sostenida por quienes ubican este principio en el marco de las doctrinas de la imputación objetiva,⁵⁰ en tanto que con él se trata de ofrecer las coordenadas con las que decidir cuándo el resultado es atribuible en términos normativos al ámbito de responsabilidad de la víctima. De la mano de este principio nos ocuparemos en lo que sigue de trazar algunas bases para la solución del problema.

III. El análisis del comportamiento de la víctima a la luz de los criterios de imputación objetiva

La aceptación de que la atribución del resultado allí donde la víctima participa en la situación de riesgo plantea, ante todo, un problema de imputación objetiva no garantiza, ni mucho menos, la uniformidad de las soluciones. En efecto, ya referíamos líneas más arriba la diversidad de las teorizaciones de aquel principio, hasta el punto de que resulte imposible hablar de una única construcción al respecto. De hecho, lo primero que requiere una precisión

⁴⁵ Gimbernat Ordeig, E., para quien no alcanza a ver cómo ese principio, de reconocerse, podría evitar el callejón sin salida a que llevaría su conjugación con “el principio jurídico penal de que está prohibido causar dolosa o imprudentemente la lesión de la vida o de la integridad física de otra persona”. “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida”, *op. cit.*, p. 441. En sentido crítico véase también Luzón Peña, D.M., para quien, además de tratarse de un principio excesivamente general e indeterminado, representa una mera *petitio principii*: “este principio no se fundamenta suficientemente en una base legal, constitucional o de principios generales del Derecho, pues no es cierto que en el reconocimiento constitucional y jurídico de la libertad y la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad esté escrito como reverso que el sujeto tiene una responsabilidad primaria o preferente... en la organización de su vida y en la protección de sus bienes jurídicos”. “Principio de alteridad o de identidad vs. Principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuestas en peligro, heteropuestas en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo”, *op. cit.*, pp. 5 y s.

⁴⁶ En nuestra doctrina puede verse al respecto la exposición de Roso Cañadillas, R., “Autoría mediata, imputación objetiva y autopuestas en peligro. A propósito de la STS de 26 de febrero de 2000”, *Derecho y proceso penal*, 2003-2, pp. 196 y ss.

⁴⁷ Véase también, al respecto, Tamarit Sumalla, J.M., *La víctima en Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 100 y ss., y 103, quien afirma en relación con el principio de autorresponsabilidad: “Nos encontramos ante un criterio normativo y, en consecuencia, en la delimitación de los ámbitos de responsabilidad de la víctima y del autor se proyectan los valores de la comunidad jurídica, entre los que desempeña un lugar destacado el principio de libre determinación de la persona”.

⁴⁸ De hecho, si bien la inconsistencia de este tipo de razonamiento resulta evidente en el caso en que, como será normal, la desprotección de la víctima se deba a un mero descuido se observa también en aquellos otros en que, a sabiendas de la alta probabilidad de la lesión del bien jurídico a consecuencia de su conducta e incluso de su indiferencia, no tome medidas de protección alguna. Hassmer y Muñoz Conde, *Introducción a la criminología y a la política criminal*, Valencia, 2012, pp. 157 y s.

⁴⁹ Véase Silva Sánchez, J.M., en la cita de la nota 34.

⁵⁰ Por ejemplo, Cancio Meliá, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, *op. cit.*, p. 284.

es la perspectiva que se adopte en su formulación; a saber, si su rendimiento se concentra estrictamente en la imputación de un resultado al autor o si también alcanza a la atribución normativa del comportamiento, esto es, a la imputación de la creación misma del riesgo.⁵¹ Aun reconociendo que la opción que se defienda requeriría una fundamentación más amplia que excede las posibilidades de estas páginas, partimos en ellas de que asiste la razón a quienes en el específico ámbito que nos ocupa sostienen que la distribución de ámbitos de responsabilidad entre autor y víctima demanda el recurso a las dos perspectivas desde las que pueden plantearse, a saber, tanto la del riesgo creado como a la del re-

sultado producido;⁵² todo ello, sin perjuicio de que, como tendremos ocasión de comprobar, la atención a cada una de ellas adquiera peculiaridades propias en función de la índole del problema que se trata de solucionar.

En primer lugar, a la hora de sentar las bases de la responsabilidad de la propia víctima resulta ineludible la atención al valor que su comportamiento intencional o descuidado –pero en todo caso libre y responsable– pueda tener desde el punto de vista de la atribución normativa del riesgo. Desde estas premisas debe entenderse la línea de razonamiento ya sentada por autores como Frisch⁵³ o Jakobs⁵⁴ en la doctrina alemana, y en la nuestra, entre otros,⁵⁵ por Silva Sánchez,⁵⁶

⁵¹ No es éste el lugar para exponer con detalle el pensamiento de los defensores del recurso a los criterios de imputación objetiva en ambos momentos. Baste con remitirnos a las concepciones de los dos autores que han contribuido de modo decisivo a teorizar el valor de los criterios de imputación objetiva en cada uno de esos planos. Es el caso de Frisch, W., y Jakobs, G. Para el primero de ellos, la peligrosidad típicamente relevante de la acción se basa en la comprobación del “comportamiento típico”. Se trata de una cualidad específica de la propia conducta, “la cual posee, a la luz de nuestros correspondientes conocimientos de experiencia... la idoneidad cualificada... para producir el correspondiente resultado bajo determinados presupuestos”. *Tipo penal e imputación objetiva*, Madrid, 1995, pp. 95 y ss. Frisch, W., relega el papel de la realización del riesgo en el resultado a un plano meramente fáctico, consistente en constatar que la norma de cuya lesión se responsabiliza el autor se ha estatuido precisamente para evitar cursos causales de la índole del que se ha verificado. *Ibidem*, pp. 109 y ss. Baste recordar, por otra parte, que Jakobs, G., divide la imputación en dos niveles: el primero, que denomina como imputación objetiva del comportamiento, arroja como resultado la calificación del comportamiento como típico; el segundo, atinente a la realización del riesgo, requiere atender a que la evitación del curso lesivo que explica el suceso fuera planificable; caso contrario, la producción del resultado habría de entenderse como un riesgo general de la vida. *Derecho penal, parte general. Fundamentos y límites de la teoría de la imputación*, trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, 1997, pp. 222 y ss.

⁵² Entre otros, Silva Sánchez, J.M., “¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática”, *op. cit.*, p. 643: “Así la teoría de la imputación objetiva, a partir de la diferenciación de un momento *ex ante* (creación del riesgo relevante) y otro *ex post* (realización de ese riesgo, precisamente, en el resultado producido) constituye una de las vías más adecuadas para traducir en tesis dogmáticas las consideraciones victimológicas”. Según se desprende de su construcción, la perspectiva *ex ante* estaría llamada a restringir el alcance de los tipos atendiendo a que “no se favorezca *conscientemente* la puesta en peligro ni se intensifique *conscientemente* el grado del mismo al que están sometidos los bienes jurídicos de los que se es titular” (p. 642).

⁵³ Frisch, W., a partir de su elaboración sobre la base de consideraciones relativas a la protección de intereses, considera que “siempre hay sitio para una autopuesta en peligro responsable (en el sentido de una ‘exclusión’ de la punibilidad de terceros) allí cuando de acuerdo con una situación general de los intereses no es identificable un interés (preferente) en la no realización de determinadas conductas de terceros y, por tanto, no se puede fundamentar una prohibición típica de las mismas”. *Tipo penal e imputación objetiva, op. cit.*, pp. 134 y s. En consecuencia, “a partir de esta limitación de la protección típica... se abre, como reverso de dicha limitación de protección, casos de autopuesta en peligro autorresponsable –por tanto, casos de conducta autopeligrosa de la víctima cuyas consecuencias debe sufrir (o responder de) la propia víctima, puesto que penalmente no cabe protección ante el comienzo de semejantes actos”. Véase también el mismo en “Selbstgefährdung im Strafrecht”, *NZSt*, 1991, pp. 3 y ss.

⁵⁴ También Jakobs, G., reconduce al primer nivel de protección –imputación del comportamiento– la infracción de deberes de autoprotección por parte de la víctima sobre la base del análisis del comportamiento vinculado a la idea de distribución de roles. En estos casos, que denomina de acción a propio riesgo, su conducta impediría imputar el curso lesivo al tercero aun cuando hubiera sido causado de modo evitable, siendo, por tanto, el resultado imputable sólo a la víctima: “Del mismo modo que en el ámbito de la responsabilidad del autor ha de partirse, no de un suceso psíquico, sino de algo normativo, del quebrantamiento de un rol, también en el lado de la víctima lo decisivo está en determinar si la víctima ha desempeñado el rol de víctima o, precisamente, el rol de alguien que configura la situación, es decir, de quien actúa en peligro propio”. *La imputación objetiva en Derecho penal* (trad. de Cancio Meliá), Madrid, 1996, p. 112.

⁵⁵ Por ejemplo, Bonet Esteva, M., para quien la actuación libre y consciente de la víctima no sólo puede rebajar la gravedad del tipo de injusto sino determinar la exclusión de la imputación objetiva. Presupuesto para ello será en todo caso que la víctima actúe de modo libre y consciente. *La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto)*, Madrid, 1999, pp. 241 y ss.; el mismo en “Los límites de exclusión del tipo de injusto por conducta auto-defensiva de la víctima”, *RDPP*, 2000, pp. 164 y ss. Véase también Roso Cañadillas, R., quien comentando la STS de 26 de febrero de 2000 concentra sus razonamientos en fundamentar, además de una relación de autoría mediata –cuyo análisis sería primero en un orden secuencial–, la concurrencia de los criterios que permiten afirmar la imputación objetiva; en el caso concreto enjuiciado por la STS, que la presión a la que se ve sometida la víctima es la que crea (de forma activa) el riesgo que finalmente se realiza en el resultado, así como que la evitación de la puesta en peligro corresponde al ámbito de protección de la norma. “Autoría mediata, imputación objetiva y autopuestas en peligro”, *op. cit.*, pp. 210 y ss.

⁵⁶ Si bien, como señalábamos en la nota 52, reserva también un papel a la comprobación de la imputación del resultado.

Víctimas culpables: ¿victimodogmática, dogmática penal o intuición?

Cancio Meliá⁵⁷ o Feijóo Sánchez⁵⁸ cuando ubican la cuestión de la relevancia de la actuación de la víctima en sede de la imputación objetiva del comportamiento. Porque si se llegara por esta vía al convencimiento de que en la explicación del riesgo hubiera sido decisiva la actuación de la víctima, la imputación al autor de todos los efectos lesivos que deriven del hecho contradiría, en palabras de Silva Sánchez, “los principios de fragmentariedad y subsidiariedad, al representar la sanción de hechos que en sí no son especialmente graves y que sólo adquieren virtualidad lesiva (o más lesiva) a partir de la interacción de la víctima”.⁵⁹

Ahora bien, más allá de este punto de partida común las discrepancias comienzan ya a la hora de determinar cuándo el suceso sea explicable por el comportamiento de la víctima; esto es, los presupuestos bajo los cuales pueda decirse que la actuación que lo desencadena es a ella imputable. Así, por ejemplo, Silva Sánchez exige una opción de la víctima en el sentido de exponerse a un peligro concreto,⁶⁰ mientras que Cancio Meliá atiende a si el hecho discurre con-

forme a lo organizado conjuntamente por autor y víctima.⁶¹ Por su parte, y ya específicamente en relación con la fenomenología de casos caracterizada porque la actuación de la víctima se explica como respuesta o reacción a la conducta previamente puesta en marcha por el tercero, Tamarit Sumalla formula su línea de solución conforme al criterio de la proporcionalidad y de lo razonable, a partir de un análisis centrado en la imputación objetiva y en la autoría.⁶²

Con independencia de la valoración que merezca cada una de esas formulaciones, todas ellas expresan la necesidad de comprobar las posibilidades de atribuir el riesgo creado a la víctima. Y en cualquiera de sus versiones, tan importante como delimitar cuál de las contribuciones –del autor o víctima que *interviene*– es la decisiva en la explicación del suceso, es indagar acerca de si la intervención de la víctima puede explicarse como expresión de una toma de decisión libre allí donde se afirme su protagonismo. A determinar cuándo sea ese el caso y, con ello, al intento de sortear la inseguridad jurídica que comporta su determinación,⁶³

⁵⁷ Cancio Meliá, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pp. 257 y ss., sobre la base del principio de responsabilidad personal así como del hecho de que al titular del bien jurídico personal ha de atribuirse una posición preferente; el mismo, *Conducta de la víctima e imputación objetiva: estudios sobre los ámbitos de responsabilidad de la víctima y del autor en actividades arriesgadas*, Barcelona, 1998. Véase el mismo, “Aproximación a la teoría de la imputación objetiva”, *Estudios de Derecho penal*, Lima, 2000, pp. 191 y ss., o en “Conducta de la víctima y responsabilidad jurídico penal del autor”, op. cit., pp. 123 y ss.

⁵⁸ Feijóo Sánchez, B., “Actuación de la víctima e imputación objetiva”, op. cit., p. 298, si bien, a diferencia de la postura que aquí se sostiene, descarta que en la solución del problema sobre protagonismo la cuestión de la imputación del resultado.

⁵⁹ Silva Sánchez, J.M., “La consideración del comportamiento de la víctima en la Teoría Jurídica del Delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la ‘víctimo-dogmática’”, op. cit., p. 31.

⁶⁰ Para este autor, la eventual responsabilidad de la víctima comenzará cuando “no ya ante un riesgo genérico o indiferenciado, sino ante un riesgo concreto y relevante cuantitativa y cualitativamente, (la víctima) opta por exponerse al mismo”. *Ibidem*, p. 31.

⁶¹ Cancio Meliá, M., ubica su construcción en el nivel de *imputación del comportamiento*, en el que encuentra su sede el criterio de la “imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima”, residenciado en la teoría del alcance del tipo, incluida por tanto en el primer nivel de la imputación objetiva que, por sus especificidad, debe analizarse con posterioridad a otras instituciones de carácter más general (*Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pp. 303 y ss.). A partir de la deducción de la orientación que caracteriza al ordenamiento jurídico en relación con la autonomía de los ciudadanos, formula como criterio general el reconocimiento a éstos de un ámbito de organización propia, con la consecuencia de la asunción de los daños que puedan derivarse de ella. En concreto, este autor propone como criterio para asignar la responsabilidad penal a la esfera del actuar de la víctima que su actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima, así como que la conducta de ésta no haya sido instrumentalizada por el autor, a lo que habría que sumar que éste no ostente una posición de garantía frente a los bienes de la víctima (op. cit., pp. 284 y ss.). La imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima, lejos de depender de la configuración fenomenológica de la aportación, pone el acento en comprobar el carácter preferente de su ámbito de responsabilidad. La imputación de la actividad conjunta al ámbito de responsabilidad de la víctima se produce en términos objetivos, sin que la cuestión pueda hacerse depender de la representación subjetiva de los intervinientes. Todo ello sin perjuicio de reconocer una serie de excepciones que fundamenten el juicio de responsabilidad respecto de bienes jurídicos de titularidad ajena. Se trata de los ámbitos en los que el ordenamiento del sector en cuestión establece obligaciones de tutela especiales a determinados sujetos que desplazan el principio de autorresponsabilidad, como es el de las relaciones laborales.

⁶² Este autor eleva a criterios esenciales de su construcción los de *proporcionalidad*, en sede de imputación objetiva, y de *lo razonable*. Para valorar la proporcionalidad en términos normativos habrá de tenerse en cuenta al carácter inminente o remoto del peligro que para los bienes jurídicos suponen la agresión y la reacción. “Los límites de exclusión del tipo de injusto por conducta auto-defensiva de la víctima”, *RDPP*, 2,2000, p. 179. Conforme a estos criterios, en el caso de la STS 270/2000, de 26 de febrero, entiende que el resultado no puede ser imputable al conductor, ya que la víctima creó un riesgo mucho mayor que el que se trataba de evitar, porque, por una parte, el peligro era genérico, sin exhibición del arma; por otra, la víctima, Iván, pudo haber saltado en un momento menos peligroso.

⁶³ Sobre ello advierte Frisch, W., que “la autorresponsabilidad de la autopuesta en peligro es un concepto altamente normativo que es utilizado en la actual discusión de forma encubierta por múltiples facetas y que, por consiguiente, implica un peligro nada desdeñable para la igualdad y la seguridad jurídicas”, *Tipo penal e imputación objetiva*, op. cit., pp. 123 y ss.

se orientan de nuevo, entre otros,⁶⁴ los esfuerzos de autores ya citados, como Feijóo Sánchez,⁶⁵ Cancio Meliá⁶⁶ o Tamarit Sumalla⁶⁷ cuando, en sus respectivas construcciones, ofrecen criterios específicos con los cuales determinar la relevancia de la actuación –libre– de la víctima en la génesis del riesgo.

De nuevo, y ante la imposibilidad de valorar el mérito de cada una de estas construcciones, baste llamar la atención acerca de que la formulación de tal juicio de libertad remite a los parámetros que en general ofrece la teoría del delito en relación con cualquiera de los intervinientes. En este orden de ideas, entiendo que resultan de aplicación analógica a los casos que nos ocupan los ensayados por la doctrina en el marco de la teoría de la participación; de modo específico, a la hora de determinar si la concurrencia de vicios en la voluntad de quien actúa no impide que siga considerándose autor de los hechos (en su caso, inducido) o si, por el contrario, debe valorarse como

instrumento en manos de un autor mediato. Así, por ejemplo, en los casos de creación de un error, éste habrá de tener alcance normativo para que adquiera relevancia;⁶⁸ cuando medie el empleo de amenazas o de coacciones, la consideración como instrumento de quien las padece requerirá comprobar que, en caso de que hubiera lesionado bienes jurídicos de un tercero, su actuación pudiera entenderse amparada por un estado de necesidad.⁶⁹ Por último, en el caso de que la víctima fuera inimputable o incluso semiimputable, habrá de verificarse en el caso concreto que su situación le impida comprender o valorar el alcance de su actuación.⁷⁰ Conviene observar, en todo caso, que partimos de que la instrumentalización de la víctima no se agota en la comprobación de lo que, en estrictos términos objetivos, pueda considerarse como una salida forzada ante una situación de necesidad. Igualmente posible será que aquélla provenga de un estado de ansiedad o terror provocado por el tercero, en

⁶⁴ Así por ejemplo, considera Roso Cañadillas, R., que habrá de apreciarse la autoría mediata a través de la coacción “cuando la víctima se encuentre en una situación análoga [...] al estado de necesidad justificante, pero también cuando exista una situación de inexigibilidad o inimputabilidad y ello anule la posibilidad de considerarle un sujeto autorresponsable”. “Autoría mediata, imputación objetiva y autopuestas en peligro. A propósito de la STS de 26 de febrero de 2000”, *op. cit.*, p. 206.

⁶⁵ Para quien lo decisivo es que la víctima haya “tomado una decisión libre sobre el inicio del riesgo o la situación de peligro, aun cuando posteriormente pierda el control por causas imputables a ella misma y no al tercero”. Por el contrario, habrá de atribuirse el riesgo al tercero cuando éste no sea “fruto de la decisión consciente o descuidada de la víctima”. El resultado habrá de imputarse al tercero cuando la víctima actúe coaccionada por una situación de necesidad creada por aquél: “el resultado se imputa al que crea una situación de necesidad siempre que el que intenta arreglar esa situación conflictiva no actúe de una forma que objetivamente pueda ya ser definida como irrazonable”. Feijóo Sánchez, B., “¿Imputación objetiva a la víctima que provoca a su agresor? De nuevo sobre la STS de 17 de septiembre de 1999”, *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Madrid, 2004, pp. 246 y s. De acuerdo con estos criterios, en el caso enjuiciado por la STS de 17 de septiembre de 1999 (caso de la silla) considera que no existió autorresponsabilidad de la víctima: “la víctima había privada ilegítimamente de posibilidades de decisión. Se pretende evitar una muy probable lesión que tiene su origen en un ataque (no justificado) de una tercera persona buscando una salida menos peligrosa para los mismos bienes y no hay evidencias de que la situación de necesidad pudiera ser resuelta por medios más seguros”. Para este autor, todo lo más, debió estudiarse si esa lesión debió ser imputada por imprudencia al autor.

⁶⁶ Cancio Meliá, M., contempla entre las excepciones al principio de autorresponsabilidad de la víctima no sólo los supuestos de instrumentalización de ésta por el autor debido a su inimputabilidad, sino también a su semiimputabilidad. Junto con ellos sitúa los motivados por defectos de responsabilidad situacionales, casos para cuya solución recurre a la aplicación analógica del estado de necesidad disculpante, en tanto que “el ordenamiento, al establecer los criterios del estado de necesidad exculpante ha fijado un umbral de presión psíquica que se espera que pueda resistir un sujeto (constitucionalmente) imputable”. *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, *op. cit.*, p. 361.

⁶⁷ Tamarit Sumalla, J.M., condiciona la apreciación de “ámbitos de responsabilidad” de la víctima en los casos de autopuestas en peligro a que sea plenamente consciente y responsable del sentido de su decisión. En concreto, este autor traza el ámbito de responsabilidad de la víctima de la mano de distintos parámetros. El primero de ellos atiende a si la persona lesionada obró en un estado de *error vencible*, supuesto en el que, según este autor, tendría una representación suficiente de la situación de peligro como para atribuirle responsabilidad por el suceso. En segundo lugar, atiende a la situación de inimputabilidad o no de la víctima. Según Tamarit, se excluirá el reconocimiento de ámbitos de autorresponsabilidad allí donde la víctima obre en un estado similar a la inimputabilidad. Será, por el contrario, responsable si se considera imputable o semiimputable. Habrá de atenderse igualmente a si obra en situación de estado de necesidad o miedo insuperable. *La víctima en Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 105 y ss.

⁶⁸ En aplicación de ellos sostenía en otra sede que, por ejemplo, el resultado será imputable a quien mantiene prácticas de riesgo con personas portadoras del Sida pertenecientes a lo que se ha dado en llamar “grupos de riesgo” sin tener conocimiento cierto de la enfermedad, en tanto que el error, aun motivado por un engaño, se estaría refiriendo en exclusiva a la apreciación del grado concreto de probabilidad de una acción cuya idoneidad de cara a la producción del resultado el sujeto comprende perfectamente, en *La imputación de los resultados producidos a largo plazo*, Valencia, 1998, pág. 177.

⁶⁹ Gómez Rivero, M.C., *La inducción a cometer el delito*, Valencia, 1995, pp. 245 y ss.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 252 y ss.

Víctimas culpables: ¿victimodogmática, dogmática penal o intuición?

tanto situación anímica que, de modo razonable, habría experimentado cualquier persona. Cuando por el contrario la reacción emocional de la víctima que la impulsa a realizar una acción autolesiva como defensa no pueda reconducirse a los parámetros anteriores, habrá de negarse que sea el tercero quien la instrumentaliza en su reacción. Conforme a lo anterior, por ejemplo, en el caso enjuiciado por la STS de 30 de diciembre de 1996, en el que la esposa, víctima de los malos tratos de su marido, consiguió desasirse de éste corriendo al balcón y tirándose a la calle, a consecuencia de lo cual sufrió diversas lesiones; la mujer habrá de calificarse como un instrumento, en tanto que su actuación tiene lugar en el marco de un estado de necesidad ante la inminencia de un mal grave y cierto así como inevitable de otro modo. Por el contrario, en el caso enjuiciado por la STS 270/2000, de 26 de febrero, el chico que saltó del camión ante el temor a un posible daño a su patrimonio y, de modo más remoto, a que eventualmente el conductor pudiera sacar algún arma, ni podrá considerarse amparado por un estado de necesidad, ni ser tratado como un inimputable. Todo ello, sin perjuicio de que también en tales casos pueda fundamentarse la responsabilidad de aquel conforme a los esquemas de un delito de omisión impropia, aspecto sobre el que tendremos ocasión de volver más adelante. De momento interesa avanzar en la argumentación relativa al modo en que operan los criterios de imputación objetiva en la

depuración de la eventual responsabilidad de la víctima.

En este orden de ideas, cabe añadir que nos adherimos a la postura doctrinal que a la hora de delimitar el ámbito de responsabilidad de la propia víctima concede también un papel relevante a la dimensión *ex post* de los criterios de imputación objetiva. Desde esta perspectiva se trata de trazar la posible responsabilidad de la víctima, no ya con base en el incremento relevante del riesgo o en su implicación en él, sino en tanto que su actuación determine una desviación esencial del inicialmente creado por el autor, en términos tales que el resultado final sólo a ella resulte imputable. Como ejemplo⁷¹ en el que habría que negar la realización del riesgo creado por el autor en el resultado más grave⁷² bastaría pensar en el caso de quien, tras ser agredido en una pierna, no adopta las medidas mínimas de cuidado e higiene de la herida, sufriendo por ello una complicación que determina que deba serle amputada. Por otra parte, también el criterio del ámbito de protección de la norma en la formulación que le diera Roxin, esencialmente orientado a dar cabida a consideraciones de política criminal, adquiere protagonismo en la contemplación del comportamiento del sujeto pasivo del daño. Será el caso en el que la actuación de la víctima, aun conectada causalmente con el comportamiento de un tercero, sólo resulte explicable por una decisión autónoma de ella.⁷³ Dejando a un lado otros supuestos más discu-

⁷¹ Véase al respecto Cancio Meliá, M., quien menciona supuestos como el de la víctima que omite la realización de una medida médica corriente y segura a los efectos de neutralización del riesgo (por ejemplo, porque después de haber recibido una paliza, se niega a quedarse ingresado en un centro hospitalario a pesar de la indicación, se opone a recibir una transfusión de sangre, o inutiliza una medida terapéutica, por ejemplo, arrancándose los vendajes o reabriendo heridas). Ahora bien, conforme al punto de partida de su construcción, entiende que en tales casos no se trata de calificar la conducta de la víctima, sino de concretar el riesgo inicial del que es responsable el autor. “Conducta de la víctima y responsabilidad jurídico-penal del autor”, *op. cit.*, pp. 130 y ss.

⁷² Una solución que, sin embargo, a veces nuestros Tribunales hacen depender del conocimiento de la víctima acerca de las posibilidades de empeorar a consecuencia de su actitud, razonamiento que en buena medida se emparenta con las viejas doctrinas de la interrupción del nexo causal. Un buen ejemplo al respecto lo ofrece la STS de 17 de septiembre de 1993. Durante una discusión en el portal, una vecina arrojó a otra un producto de limpieza que venía de comprar en la droguería. Se trataba de un desengrasante para cocina que no produce quemaduras si la piel en contacto con él se limpia con agua. La víctima, en lugar de lavarse inmediatamente o solicitar auxilio se paseó por las inmediaciones del lugar con el líquido encima. Fue la propia procesada quien llamó a la Policía para dar cuenta de lo sucedido. Pese a los requerimientos para ser acompañada a un centro médico, la víctima se negó en principio, no aceptando ser ingresada hasta hora y media después. La mujer sufrió quemaduras de tercer grado en cuello, tórax, cara y ambos pabellones auriculares. La Audiencia condenó a la acusada por una falta de malos tratos, no así por las lesiones. El TS casó la Sentencia y la condenó por lesiones, al entender que no podía apreciarse la interrupción del nexo causal: “ni la acusada, ni persona alguna hasta que se personaron los funcionarios policiales, manifestó a la lesionada que el producto con el que se le había rociado resultaba peligroso, debía lavarse y acudir a un centro asistencial. Por ello, si Julia desconocía la toxicidad de lo arrojado sobre ella, que pudiera ser cualquier crema o líquido, no debe reputarse que su desidia o retraso en lavarse pueda romper el curso causal desencadenado por la voluntaria actuación lesiva de la acusada”. Con independencia de lo cuestionable que resulta valorar la imprudencia de la víctima a efectos de la interrupción del nexo causal —en terminología de la sentencia—, lo cierto es que en este caso difícilmente puede explicarse que aquella no experimentara ningún tipo de reacción progresiva de la quemadura durante todo ese tiempo, lo que debió alertarla de la importancia de retirar el producto.

⁷³ Feijóo Sánchez, B., “¿Imputación objetiva a la víctima que provoca a su agresor? De nuevo sobre la STS de 17 de septiembre de 1999”, *op. cit.*, p. 246.

tidos en la aplicación del criterio,⁷⁴ sirva de ejemplo el enjuiciado por nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia de 27 de enero de 1984. Se trataba de un conductor inexperto que marchaba por una carretera con arcones pavimentados y a distinto nivel reservados para los peatones, e invadió con su vehículo, por descuido, el arcén derecho, por el que caminaba en dirección contraria un grupo de personas, arrollando, entre otros, a un hombre al que produjo la muerte. La esposa de éste se acababa de separar del grupo e iba caminando más adelante por el otro lado de la calzada. En ese momento, otra de las mujeres del grupo salió corriendo presa del pánico y llamando a la esposa de la víctima, yendo a precipitarse bajo las ruedas de otro vehículo que circulaba en sentido contrario y que la atropelló sin que el conductor pudiera hacer nada para evitarlo, sufriendo lesiones graves. En tal caso habrá de excluirse la imputación objetiva, puesto que no parece que uno de los fines que persigue la norma de cuidado que prohíbe a los vehículos invadir aceras sea evitar que peatones no implicados en el accidente irrumpieran ciegamente en la calzada.⁷⁵

IV. El rendimiento del recurso a los criterios de imputación: ¿una herramienta unívoca?

En el apartado anterior hemos ofrecido un breve recorrido por las posibilidades que ofrecen los criterios de imputación objetiva en el ámbito que nos ocupa. Ahora bien, el reconocimiento de su protagonismo no supone ignorar las dificultades que su aplicación conlleva en la práctica, hasta el punto de que, como referíamos más arriba, su empleo se presta exponencialmente a servir de cobertura a las posturas más dispares. No hay mejor forma de ilustrar cuanto se quiere decir que la atención a las distintas soluciones ofrecidas de su mano al caso enjuiciado por la ya

referida STS de 17 de septiembre de 1999 o en otros supuestos especialmente debatidos, en los que la víctima decide escapar de la situación de riesgo creada por el autor emprendiendo una actuación peligrosa.⁷⁶

Ante la especial facilidad de tales criterios para respaldar soluciones dispares, la vista se vuelve necesariamente a la cuestión con la que abríamos esta contribución; esto es, la relativa a si la superación de los planteamientos victimodogmáticos para adoptar en su lugar la perspectiva propia de las consideraciones dogmáticas se presenta realmente como una herramienta capaz de inyectar seguridad jurídica en la solución del problema o si, por el contrario, es tan sólo una forma de sellar con un *nomen iuris* una solución determinada de antemano con base en razones de oportunidad. Aun sin desconocer el inevitable margen de valoración en la aplicación de los criterios normativos, las líneas que siguen se orientan a fundamentar que su aparente incapacidad para ofrecer soluciones sólidas en el ámbito que nos ocupa no es más que el resultado de una serie de tergiversaciones en su aplicación, pero sin que, precisamente por ello, puedan desvirtuar el juicio en torno a su rendimiento en esta materia.

Para empezar, resulta criticable que la atención al comportamiento de la víctima se preste a ser un argumento con el que desvirtuar o incluso *mutar* la razón de ser de alguno de los criterios de imputación. En relación con el criterio del *incremento del riesgo* es ilustrativa de cuanto se quiere decir la atención a la STS de 19 de septiembre de 1999. Del razonamiento del Tribunal parece deducirse que fue el lesionado quien no sólo asumió, sino que creó el riesgo que finalmente determinó el resultado lesivo:

es la víctima la que, con su comportamiento anterior (golpe propinado al acusado), provocó que éste cogiera

⁷⁴ Como el enjuiciado por la STS 17 de julio de 1990. Un joven retó a otro a que tomase una botella y acertarle de un disparo mientras bebía. Éste otro aceptó, si bien en el preciso instante de efectuar el disparo hizo un movimiento con el cuerpo para limpiarse algo de vino, siendo alcanzado por el proyectil, y falleciendo días más tarde. El TS consideró que este caso el resultado no podía excluirse del ámbito de protección de la norma sobre la base de la libre decisión de la víctima. Dejando a un lado la argumentación del Tribunal relativa a la indisponibilidad de la vida, resulta cuestionable el fallo, en tanto que fue el propio titular del bien jurídico quien realizó el movimiento pese a conocer que se iba a efectuar el disparo. Con una valoración crítica del fallo, véase por ejemplo De la Gándara Vallejo, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, Madrid, 1995, p. 143, nota 51.

⁷⁵ Véase al respecto Silva Sánchez, J.M., para quien la norma infringida de prudencia en el tráfico no comprende en su ámbito de protección la evitación del resultado ulterior producido, aun cuando fuera previsible. “Los límites de la responsabilidad por imprudencia”, *La Ley*, 1984-4, pp. 1045 y s. De otra opinión Luzón Peña, D.M., *Derecho Penal de la circulación*, Barcelona, 1990, pp. 100 y ss. De las distintas posturas tuvo ocasión de ocuparme en *La inducción a cometer el delito*, Valencia, 1995, p. 341, nota 681.

⁷⁶ Sería el caso, por ejemplo, de la mujer que salta por la ventana para escapar de los malos tratos que recibe por parte de su marido; de la joven que ante el temor a ser víctima de una violación por parte de quien la ha recogido en autostop salta del vehículo; o del chico que, temeroso de las consecuencias inciertas de quien le recoge en su camión para llevarle durante un trayecto, salta en plena marcha.

Víctimas culpables: ¿victimodogmática, dogmática penal o intuición?

una silla de plástico, que podía ser considerada peligrosa para aquélla. Es también por su propia decisión que la víctima comienza el forcejeo que determinó su caída, continuando de esa manera en la situación peligrosa... A ello se debe agregar que el perjudicado podía calcular el peligro de su caída de la misma manera que el recurrente. En suma: hubo provocación de riesgo por el perjudicado, quien al decidir su actuación podía y pudo tener conciencia del peligro que asumía.

Resulta, en efecto, curioso que al final la perspectiva que determina el enjuiciamiento parezca ser, en exclusiva, el comportamiento de la víctima, y no el del autor. Porque si bien es cierto que ella podría prever lo que sucedería a la vista de su reacción, no es menos cierto el agresor no sólo debió tener en cuenta el riesgo trazado al inicio, en el momento de obrar, sino también el generado por la evolución de los acontecimientos. Dicho de otro modo, si alguien debió calcular su magnitud fue el autor, Federico, que pese a ser consciente de que la víctima comenzaba un forcejeo no detuvo su conducta inicial. En definitiva, y al contrario de cuanto razona la sentencia, fue el autor quien en el momento de obrar debió considerar que la víctima estaba forcejeando. Y en esas circunstancias, al no tomar medidas para evitarlo, le debió ser imputable no sólo el riesgo trazado al inicio, sino el que se desencadena conforme al devenir de los hechos. Es más, según tendremos ocasión de volver a insistir, habrá que atender no sólo las posibilidades de imputar al agente el riesgo creado con su *acción* sino, en su caso, la posible responsabilidad derivada de su consideración como autor en comisión por omisión. Sobre esta cuestión volveremos más adelante. De momento nos interesa continuar con el análisis de la virtualidad del resto de los criterios de imputación –y sus posibles tergiversaciones– en este ámbito. Y para ello, nada mejor que continuar con el análisis del razonamiento de la misma sentencia.

En efecto, la *desviación* del uso de los criterios de atribución normativa que venimos denunciando se

extiende en dicho fallo a la comprensión de la exigencia, propia también de los criterios de imputación objetiva, de que el resultado producido suponga la *realización del riesgo creado por el autor*. De nuevo, resulta ilustrativa la cita de un párrafo del fallo:

El tipo objetivo del delito de lesiones requiere que el resultado producido causalmente por la acción sea la realización del peligro generado por la misma, es decir, que el resultado producido sólo puede ser imputado al autor en la medida en que no hayan concurrido con el riesgo creado por él otros que permitan explicar el resultado. Tal situación se presentará, entre otras, cuando el afectado se introduce por sí mismo en una situación riesgosa o no se aparta de ella por su propia decisión (autopuesta en peligro) o, dicho de otra manera, cuando se expone voluntariamente al peligro que proviene de la acción de otro. En estos casos es preciso considerar hasta qué punto el resultado producido es imputable objetivamente a la víctima o al autor.

Con este modo de razonar pareciera, de nuevo, que se desplaza el referente del objeto de enjuiciamiento, de modo que en lugar de indagar hasta dónde llega el alcance del riesgo puesto en marcha por el autor, y su posterior realización en un resultado, lo primordial parece ser enjuiciar el riesgo generado por la víctima.⁷⁷

Tampoco escapa a una interpretación uniforme el papel que puede jugar en la materia que nos ocupa el *ámbito de protección de la norma*. Ciertamente es que este criterio ha permitido en la práctica ofrecer una línea de solución que, aun sin estar exenta de críticas doctrinales,⁷⁸ puede considerarse constante en la jurisprudencia para los casos en que la víctima se pone en peligro de manera voluntaria. En concreto, cuando se comprueba que ésta asume de forma libre la situación de riesgo es común reconocer la existencia de un espacio de responsabilidad propio, con la consecuencia de que el resultado producido habría de entenderse extraño al ámbito de protección de la norma y, por

⁷⁷ Sanz Morán, J.A., “Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor: a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999”, en Díaz y García Conlledo, M., y Paredes Castañón, J.M. (coords.), 2004, pp. 148 y s.

⁷⁸ Es el caso de Gimbernat Ordeig, E., quien se muestra radicalmente contrario a conceder cualquier espacio de juego al criterio del fin de protección de la norma en la problemática que nos ocupa: “en estos supuestos al criterio del fin de protección de la norma no se le ha perdido nada... la eventual ausencia de imputación objetiva tendrá que ser fundamentada necesariamente sobre la base de otras consideraciones y... pretender decidir aquí sobre la responsabilidad o irresponsabilidad con aquel criterio no pasa de ser una afirmación gratuita con la que se trata de argumentar una solución intuitiva –pero no racionalmente– alcanzada, para que se recurre a un ‘topos’ prestigioso –al del fin de protección de la norma– para cuya aplicabilidad a los casos que nos ocupan ni siquiera se intenta –porque no se puede– desarrollar con una mínima solidez”. “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida”, *op. cit.*, p. 438.

ello, no imputable a quien materialmente generó el riesgo. El ejemplo paradigmático al respecto lo ofrece la participación voluntaria del copiloto en una conducción temeraria, resultando fallecido o lesionado en un accidente.⁷⁹ La distorsión no reside, desde luego, en la fijación de tal punto de partida. Ésta procede de considerar suficiente para excluir aquel espacio la simple constatación de que la decisión de la víctima se enmarca circunstancialmente en el contexto creado por el autor, lo que de nuevo explica algunos fallos jurisprudenciales a los que ya hemos tenido ocasión de referirnos en sentido crítico.⁸⁰

Pero si lo anterior contribuye a explicar las consecuencias tan dispares que en ocasiones se han extraído del uso de los criterios de imputación objetiva, no menos importante es la atención al valor que suele reservarse al juicio de proporcionalidad de la reacción de la víctima como criterio con el que afirmar o negar la instrumentalización de su comportamiento, en tanto análisis previo al de imputación objetiva. En efecto, no es difícil encontrar en el razonamiento de buena parte de la doctrina una doble ecuación. Por un lado, la que afirma que en el caso de reconocerse la proporcionalidad de la reacción de la víctima ante la conducta del autor, aquélla debe considerarse como un instrumento en manos de éste, con la consiguiente imputación del resultado a aquél. Por otro, y como reverso de la anterior, la que considera que si el juicio de ponderación arroja como resultado la desproporción de la reacción de quien sufre el daño, habría de considerarse a éste en todo caso responsable de su conducta, en tanto expresión de su decisión autónoma.⁸¹ Bien, pues, según entiendo, cada uno de los axiomas de este razonamiento resultan seriamente cuestionables.

La razón de la crítica a la primera conclusión tiene que ver con la dificultad para equiparar la propor-

cionalidad o incluso la razonabilidad de la respuesta de la víctima con su instrumentalización. Porque una cosa es la proporcionalidad de la reacción del sujeto pasivo del daño, y otra que, por ello, haya de contemplarse como la única salida al conflicto. Se podrá decir, ciertamente, que su comportamiento era esperable, que correspondía a lo que habría hecho el hombre medio con sus condiciones y en su situación y, en definitiva, que era previsible. Pero eso es algo muy distinto a convertir al hombre de atrás en dominador de la voluntad de quien actúa conforme a ese *canon* de comportamiento esperable.

En segundo lugar, criticable resulta también que quienes llegan en el caso concreto a la conclusión de que la reacción de la víctima no fue proporcionada a la situación en que se vio envuelta califiquen su conducta como una puesta en peligro propia, con la consecuencia entonces de excluir *cualquier tipo de responsabilidad* de quien la motivó. Desconocen así que, pese a que un determinado resultado sea causalmente explicable por una actuación no instrumentalizada de la víctima, de modo que sea ésta con su conducta quien cree o aumente el riesgo de su producción, todavía es posible que el resultado final sea imputable al autor. Es lo que sucederá cuando éste ostente una *posición de garantía* derivada, entre otras fuentes, de la *ingerencia* por su comportamiento previo, con la consecuencia entonces de quedar obligado a evitar la producción de los resultados derivados de la conducta de la víctima. En tanto que ya no se trata de discutir el alcance del riesgo creado por el autor con su conducta, deviene de nuevo por completo irrelevante el dato acerca de si la reacción de la víctima fue o no proporcional —desde un punto de vista objetivo o subjetivo— a la situación en que se vio envuelta. Lo único importante en estos casos es, por el contrario, la comprobación acerca de si concurren las bases para

⁷⁹ Así lo recuerda, por ejemplo, Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte especial*, 19ª ed., Valencia, 2013, p. 642.

⁸⁰ Como la STS de 30 de diciembre de 1996, relativa a una esposa que para huir de los malos tratos de obra y amenazas de su marido corrió al balcón y se tiró a la calle, produciéndose varias lesiones. Recordemos que el TS absolvió a aquél sobre la base de la exclusión del criterio del ámbito de protección de la norma, por lo demás mezclado con el de la realización del riesgo en el resultado: “el resultado acaecido quedó fuera del ámbito de protección de la norma que el autor ha vulnerado mediante su acción, ya que en este caso no se realiza en el resultado el riesgo jurídicamente desaprobado que ha realizado el autor, sino otra clase de riesgo diferente y extraño a aquel”.

⁸¹ Por ejemplo Feijóo Sánchez, B., quien a la hora de concretar cómo se traduce el principio de autorresponsabilidad en los casos en que quien se pone en peligro o autolesiona haya creado una situación de necesidad, propone analizar si la lesión o autopuesta en peligro representaba “la única salida racional” a la situación, ayudándose como criterio con el que concretar esta fórmula de un esquema parecido al propio del estado de necesidad justificante del art. 20.5 CP. De esta forma, entiende, se “debe imputar al creador de la situación de necesidad la lesión de los bienes jurídicos a los que alguien ha renunciado como reacción jurídicamente correcta a dicha situación. Y el límite se encuentra en no crear un mal mayor que el que se trata de evitar, siempre y cuando exista una posibilidad racional de salvar los bienes puestos en peligro por la situación de necesidad”. *Actuación de la víctima e imputación objetiva*, op. cit., pp. 314 y ss.

Víctimas culpables: ¿victimodogmática, dogmática penal o intuición?

fundamentar la responsabilidad del tercero en comisión por omisión, cuestión, por lo demás, que dista de ser privativa de los casos que nos ocupan, habiéndose planteado en otros ámbitos muy dispares que comparten con éstos la necesidad de valorar la reacción de la víctima a consecuencia de la maniobra de un tercero.⁸²

Cuanto se quiere decir puede ilustrarse de la mano del tan recordado caso enjuiciado por la STS de 26 de febrero de 2000. La solución doctrinal propuesta ha estado a menudo condicionada por la previa comprensión como proporcional o no de la reacción del chico que saltó del camión en marcha ante el temor a los requerimientos del camionero. Entre los autores que así razonan las soluciones oscilan desde quienes consideran que éste es responsable de las lesiones sufridas a consecuencia del salto, en tanto que la proporcionalidad del comportamiento con-

vierte al camionero en autor mediato,⁸³ hasta quienes, también sobre la base del criterio de la proporcionalidad, entienden que la reacción del joven fue desmesurada, de modo que el camionero habría de calificarse como inductor a una puesta en peligro propia.⁸⁴ Por encima de los pormenores de cada una de estas soluciones interesa destacar que si se da la razón, como creo que debe hacerse, a quienes entienden que el temor padecido por el joven no podría llevar a contemplarlo como un ciego instrumento en manos del conductor, tal consecuencia no supone, o al menos no de modo automático, eximir a éste de responsabilidad por el salto como comitente omisivo, posibilidad que sin embargo en ocasiones se silencia por algunas de las más importantes construcciones en la materia⁸⁵ y en alguna otra se ha llegado a descartar expresamente.⁸⁶ Puesto que se trata de valorar la *posición* del autor generada tras su actuación

⁸² Si bien en un ámbito distinto, esta misma solución se ha aplicado a supuestos que comparten con el que nos interesa el dato de que la víctima, si bien no está instrumentalizada, tampoco actúa en condiciones de plena libertad. En concreto, a esta calificación llega Muñoz Conde, F., en relación con el suicidio en el caso en el que se le dice a alguien que padece una enfermedad incurable de la que morirá en breve con grandes padecimientos. Considera este autor que en dicho supuesto no cabe hablar ni de inducción al suicidio ni de autoría mediata de homicidio o asesinato, pero sí de cooperación al suicidio en comisión por omisión, “pues con la ficción de enfermedad se crea una situación de peligro para la vida del presunto enfermo, base suficiente para afirmar la posición de garante del que crea la ficción, especialmente si éste es médico”. Véase, por ejemplo, *Parte Especial de Derecho penal*, 14ª ed., Valencia, 2002, p. 69.

⁸³ García Álvarez, P., “Comentario a la Sentencia número 270/2000, de 26 de febrero, del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 4, 2000, pp. 174 y ss., donde se esfuerza en explicar que la reacción del joven de saltar del vehículo en marcha fue, en realidad, proporcional a la situación de conflicto (p. 177). Por ello, según la autora, habría de apreciarse la autoría mediata del conductor, en tanto que las lesiones sufridas por el joven no fueron más que la realización del riesgo por él creado con su amenaza. Es más, esta autora plantea que, de no haber sido proporcional la reacción, habría que valorar criterios como el carácter razonable o no de la reacción, así como si, en función de las circunstancias, aquélla puede considerarse aún como libre (p. 178), lo que de nuevo, en el caso enjuiciado, confirmaría la autoría mediata del conductor.

⁸⁴ Tamarit Sumalla, J.M., “Comentario a la Sentencia número 270/2000, de 26 de febrero, del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 4, 2000, pp. 179 y ss., quien de la mano del criterio de la proporcionalidad y teniendo en cuenta el contenido de la amenaza entiende que en este caso habría de considerarse al camionero como inductor de una autopuesta en peligro.

⁸⁵ Por ejemplo, Cancio Meliá, M., enuncia entre los requisitos con los que pueda imputarse el hecho a la esfera de autorresponsabilidad de la víctima que el autor no tenga posición de garantía frente a los bienes de ésta. Con todo, cuando aplica sus criterios al caso de la STS del autostop (STS 26 de febrero de 2000), considera que no es imputable el resultado al conductor, puesto que existe una organización conjunta, en tanto que Iván salta del coche por la amenaza. Igualmente, entiende, la víctima no estaba instrumentalizada, pues no se encontraba bajo la presión necesaria para ello, ya que no se dice que fuera el autor a hacer uso efectivo de la navaja. Pero en ningún momento apunta a que en tal caso la responsabilidad del conductor pudiera fundamentarse por la posición de garantía que ocupa ante la situación por él generada. “Comentario a la Sentencia número 270/2000, de 26 de febrero, del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 4, 2000, pp. 168 y ss. Por su parte, Gimbernat Ordeig, E., refiriéndose también al caso enjuiciado por la STS de 26 de febrero de 2000 maneja como argumento al que fundamentar la responsabilidad del conductor del vehículo la ausencia de libertad del chico que saltó del camión, asustado, de tal modo que si su actuación no se entendiera sometida a un grado considerable de presión habría de exonerarse de pena al autor. Sin embargo, resulta curioso que este autor tenga en cuenta específicamente la necesidad de atender a la eventual posición de garantía del tercero pero referido sólo a los supuestos de autopuestas en peligro en que el deber de obrar proceda de la vigilancia de una fuente de peligro que está a su cargo (caso del socorrista, controlador aéreo o del empresario), pero no por razón de la ingerencia. “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida”, *op. cit.*, pp. 455 y ss.

⁸⁶ Es el caso de Tamarit Sumalla, J.M., quien una vez que considera desproporcionada la reacción del chico frente a la intimidación del camionero, afirma que “las mismas consideraciones efectuadas para fundamentar la exclusión de la imputación objetiva impiden sostener una posición de garante por parte de quien generó la situación peligrosa”. Argumento para ello es, según continúa el autor, que “la autonomía y relevancia dogmática reconocida a la actuación de la víctima resultarían incompatibles con la consideración del tercero como garante de los bienes arriesgados por el propio lesionado”. “Comentario a la Sentencia número 270/2000, de 26 de febrero, del Tribunal Supremo”, *op. cit.*, p. 182. Las razones para la crítica a este razonamiento se deducen de cuanto exponemos en el texto, y, si acaso, tan sólo debe insistirse en lo cuestionable que resulta equiparar la ausencia de anulación de la voluntad con la irresponsabilidad total de quien crea una situación de peligro.

previa, la afirmación de la “desproporción” o incluso de la “irracionalidad” de la decisión de la víctima no elimina el juicio de reproche de quien debido a su conducta previa es garante de la reacción de ésta –con independencia de su *racionalidad* o del estado anímico comprensible o no que la respalda–. Y es precisamente esto lo que ocurre en el caso concreto al que nos referimos. Fue, en efecto, el conductor quien creó la situación de terror o angustia en el chico mediante su retención ilegal, quien advirtió que a consecuencia del estado que le generaba le rondaba seriamente la idea de saltar del vehículo en plena marcha y quien al persistir en su conducta pese a todo creó el estado de peligro. Por ello, debió evitar que las consecuencias de esa situación no derivaran en una consecuencia más grave.

La misma crítica cabe dirigir a la jurisprudencia que hace depender la calificación de los hechos, en exclusiva, de la proporcionalidad de la reacción de la víctima, llegando así a fallos condenatorios o absolutorios. Entre los primeros,⁸⁷ es singularmente ilustrativa la STS de 8 de noviembre de 1991. Resumidamente, en ésta se enjuiciaba a quien, tras invitar a una chica que iba caminando a subir a un camión, le realizó durante el trayecto una serie de comentarios insinuadores de su intención de mantener con ella una relación sexual, hasta llegar a proponérsela ya de modo explícito e insistir en la idea varias veces pese a la negativa de la chica, quien reiteraba el ruego de que detuviese el camión para bajar de él. Dada la persistencia de la actitud del camionero, llegó a decirle que se tiraría en marcha. Viendo que éste hacía caso omiso a sus ruegos la chica abrió la puerta y, tras arrojar primero su bolso, saltó del camión, resultando lesionada por las ruedas del vehículo. El Tribunal imputó al camionero las lesiones. Dejando al margen las críticas que despierta que su razonamiento se centre en la no interrupción del nexo causal entre el comportamiento del camionero

y las lesiones,⁸⁸ interesa llamar la atención acerca de que el Tribunal se afane por reconducir la reacción de la víctima al riesgo creado por el autor en lugar de fundamentar su responsabilidad en comisión por omisión: “El conductor del vehículo con su comportamiento creó un riesgo, del que la propia ofendida le advirtió cuando le dijo que se tiraría si no paraba, y en el ámbito de ese riesgo producido y advertido por él, se produjo ese acto voluntario de ella (voluntario pese a encontrarse con sus facultades cognitivas y volitivas disminuidas por la tensión nerviosa que sufría) que fue el origen del posterior atropello de su propio cuerpo con las ruedas traseras del mismo camión”. Desconoce así el fallo la posición de garante por ingerencia en que se encontraba el camionero, quien privó de libertad a la víctima llevándola a una situación extrema, conocía la reacción de pánico en que la había sumido y su proclividad a salir del camión como fuera. Es más, la seriedad y la inminencia del propósito difícilmente admitían ya duda alguna cuando la chica no sólo abrió la puerta, sino que arrojó su bolso antes de saltar.

La misma crítica cabe dirigir a los fallos que abuelven al causante del riesgo, de nuevo sin tener en cuenta la eventual responsabilidad proveniente de su posición de garantía. Bastaría ahora con la cita, entre otras,⁸⁹ de la STS de 30 de diciembre de 1996. La esposa, atemorizada por los malos tratos que recibía por parte de su marido, consiguió desasirse de éste cuando la mantenía agarrada con una mano por su muñeca y con la otra por el cuello, corriendo al balcón y tirándose a la calle, a consecuencia de lo cual sufrió diversas lesiones. El Tribunal fundamentó la no atribución de ese resultado al marido al entender que el resultado queda fuera del ámbito de protección de la norma. Desconoce así, de nuevo, la necesidad de tomar en consideración las peculiaridades que obligan a introducir la atención a la eventual responsabilidad en comisión por comisión, una posibilidad que tan sólo

⁸⁷ Por ejemplo, la STS de 6 de mayo de 2009 condenó al hombre por las lesiones sufridas por una mujer al saltar por el balcón para huir de las proposiciones sexuales que le hacía, al entender que la reacción de la mujer era proporcional.

⁸⁸ “Tal conducta voluntaria de Mercedes, al haberse realizado dentro del ámbito de riesgo creado por el acusado, no interrumpió el nexo causal entre el anterior comportamiento de Jesús y las posteriores lesiones de aquélla, que, por tanto, son objetivamente imputables a Jesús M.S”.

⁸⁹ Como la STS de 26 de febrero de 2000, ya referida, del chico de 16 años que fue recogido en autostop por el conductor de un camión y que se arrojó del vehículo en marcha ante el temor que despertaron en él los requerimientos del conductor de que le exhibiera y entregara su reloj, sufriendo una serie de lesiones. El TS absolvió al conductor por las lesiones al entender que el resultado producido no fue realización de un riesgo jurídicamente desaprobado, realizado por la acción: “en los casos en que la víctima *opta* por crear con su actuación un *peligro mucho mayor del realmente generado por el autor*, sin una justificación especial, los resultados que sean producto de la introducción de este nuevo peligro más grave, no deben ser imputados a dicho autor”.

Víctimas culpables: ¿victimodogmática, dogmática penal o intuición?

aisladamente está presente en algún fallo jurisprudencial.⁹⁰

V. La presencia del recurso a los criterios de imputación en nuestro Derecho positivo como catalizador de la relevancia del papel de la víctima

Si en páginas anteriores hemos tratado de dar cuenta de las posibilidades que, en general, ofrecen las doctrinas de la imputación objetiva en orden a valorar el comportamiento de la víctima, es el momento ahora de comprobar su rendimiento de la mano de alguna de las previsiones de Derecho positivo. Se trata de aquellas en las que el legislador recurre a tales criterios como herramienta con la

que valorar en el tipo penal de que se trate las respectivas posiciones del autor y del sujeto pasivo del daño.

Entre las manifestaciones que suelen señalarse por la doctrina como paradigma de tal proceder adquiere singular protagonismo la referencia al delito de estafa, tradicionalmente considerado como expresión de la filtración de consideraciones relativas al papel de la víctima en la teoría del delito.⁹¹ Aun sin desconocer que existen posiciones encontradas no sólo en torno a la razón de ser de la exigencia del carácter *bastante* del engaño⁹² sino también acerca de los parámetros conforme a los cuales deba realizarse tal juicio —objetivos o subjetivos—⁹³, entendemos que asiste la razón a la doctrina⁹⁴ así como a la jurisprudencia⁹⁵

⁹⁰ Es el caso de la STS de 16 de mayo de 2007, relativa a una embarazada víctima de los malos tratos de su marido que, aprovechando un momento en que la dejó sola, se colocó en el alféizar de la ventana del baño para, desde allí, alcanzar algún otro lugar del que escapar, pero debido al peso de ella y de su estado avanzado de gestación (ocho meses) cayó, falleciendo. La Sentencia da por probado que el marido fue consciente, en todo momento, de la situación de desesperación en la que había colocado a su esposa, y de que ella quería escapar de la casa de cualquier modo. Tras argumentar el Tribunal que no existió una desmesurada reacción por parte de la mujer, ni una “intervención imprevisible de ella que permita apreciar la interrupción del curso causal”, afirma: “A igual solución se llegaría, desde un punto de vista penométrico, si se aplicara el art. 11.b, partiendo de que Cosme había creado la ocasión de riesgo, con el deber de garante que ello conllevaba, e incurriendo en la comisión, por omisión, de los ataques a las vidas humanas independiente y dependiente”. Recoge esta doctrina, si bien también, como argumento adicional, la STS de 9 de mayo 2011, relativa a una mujer que se arrojó por la ventana para huir de las agresiones sexuales a las que la sometía un hombre, sufriendo diversas lesiones. De nuevo, el argumento central de TS para confirmar la condena de éste por lesiones descansa sobre la base de la idea de la proporcionalidad: “pese a que, como dijimos, el riesgo creado por el recurrente amenazaba un bien jurídico diverso al de la integridad física de su víctima. Porque lo relevante es la inminencia de la agresión a la libertad sexual, unida a que la víctima estaba, en expresión de los hechos probados, acorralada por el acusado, que le impedía escapar por la puerta de la vivienda, llegando a temer por su vida, y que fue en ese marco, en el que la víctima adoptó la decisión de saltar por el balcón del segundo piso para dejarse caer en la terraza del primero, acción ésta que, por otro lado, estaba lejos de mostrarse como altamente peligrosa, de suerte que no puede calificarse de desproporcionada a la situación de peligro soportada, ni siquiera cabe tampoco calificar de imprudencia grave dicha actuación de la víctima”. Con todo, y al traer a colación el caso enjuiciado por la STS 16 de mayo de 2007, refiere siquiera como hipótesis la posibilidad de fundamentar la responsabilidad del agente en comisión por omisión en los mismos términos en que se expresa aquel otro fallo. Véase también la STS de 23 de julio de 2012, relativa a una mujer que, para escapar de los malos tratos que soportaba de su pareja, se tiró desde una azotea, sufriendo lesiones.

⁹¹ En la doctrina alemana son clásicos los trabajos de Amelung, K., “Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug”, *op. cit.*, pp. 1 y ss., para quien la duda del sujeto pasivo frente a la actitud engañosa del autor debía determinar la exclusión del error y, con ello, de la consumación de la estafa. Véase también Frisch, W., “Funktion und Inhalt des ‘Irrtums’ im Betrugstatbestand -- Zur dogmatischen Bedeutung des Opferverhaltens in 236 StGB”, *Festschrift für Bockelmann*, Múnich, 1979, pp. 747 y ss.; Beulke, W., “Anmerkung zum Urteil des LG Mannheim vom 7.11.1976 -2Ns 98/76”, *NJW*, 1977, p. 1073; Hassemer, R., *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, *op. cit.*, pp. 99 y ss. En nuestra doctrina, véase por todos Tamarit Sumalla, J.M., *La víctima en el Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 172 y ss., quien advierte acerca de la existencia de una dualidad de vías por las que la conducta de la víctima puede excluir la significación típica del hecho: porque el engaño se muestre idóneo o no bastante para producir el error, o bien porque, aun siendo el engaño idóneo, el comportamiento subsiguiente o concomitante de la víctima determine que el perjuicio patrimonial recaiga en el ámbito de responsabilidad de la víctima (p. 189).

⁹² Al respecto, puede verse Pastor Muñoz, N., “El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa”, en Silva Sánchez (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes o irrelevantes en la actividad económica empresarial*, Madrid, 2003, pp. 67 y ss., donde ofrece una análisis sistematizado de la doctrina alemana que se ha posicionado en torno a la explicación del papel de la víctima en estos supuestos, ya sea sobre la base de consideraciones victimológicas o, por el contrario, de la mano de argumentos relativos a la imputación objetiva.

⁹³ Ofrece un estudio de su interpretación por la jurisprudencia Silva Sánchez, J.M., “La consideración del comportamiento de la víctima en la Teoría Jurídica del Delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la ‘víctimo-dogmática’”, *op. cit.*, pp. 38 y ss.

⁹⁴ Al respecto, puede verse, por ejemplo, Choclan Montalvo, J.A., “Engaño bastante y deberes de autoprotección. Una visión de la estafa orientada al fin de protección de la norma”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2, 1999, pp. 59 y ss., donde dentro de los criterios de imputación ubica la exigencia del engaño bastante en la comprobación de que el resultado pertenece al ámbito de protección de la norma.

⁹⁵ Interesante es en este sentido la referencia a la STS de 15 de marzo de 2012, que a la vez que critica los planteamientos victimodogmáticos subraya que la configuración típica del delito obedece a los criterios de imputación objetiva: “la teoría victimodogmática no es más que una forma de rebautizar soluciones ya existentes para problemas reales, extendiéndolas desmesuradamente a supuestos injustificados. La imputación objetiva permite resolver en el delito de estafa los supuestos problemáticos de inadecuación del engaño sin necesidad de recurrir a los postulados victimodogmáticos, que desplazan la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola injustamente por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria”.

que consideran que con ella el legislador da cabida de forma decidida a los criterios de imputación objetiva en el trazo de la relación entre la conducta del autor y la comprobación de un error –relevante– en la víctima. En realidad, como ha señalado Silva Sánchez, la atención al papel de la víctima adquiere en este delito una doble dimensión. En primer lugar, puede determinar la negación del propio injusto de la conducta, en tanto que si la maniobra fraudulenta carece de la entidad suficiente para inducir a un error y, con él, al acto de disposición patrimonial, no puede apreciarse un riesgo relevante a efectos de este tipo delictivo. En palabras del referido autor: “si un engaño aparece *ex ante* como no-bastante para producir error, nos hallamos ante una conducta típica (tentativa irreal) y la posterior realización por la víctima de un acto de disposición que la perjudique no puede modificar tal calificación”. En segundo lugar, el papel de la víctima puede determinar que se niegue la imputación del resultado al autor del hecho que, sin embargo, es relevante. Se trataría ahora de los casos en que el error podría haberse evitado en caso de adoptar la víctima una diligencia mínima. En ellos, y de nuevo en palabras del referido autor, “si se trata de un engaño ‘bastante’ *ex ante*, pero la posterior intervención de la víctima rompe toda conexión entre el mismo y el resultado último, será la tipicidad de la tentativa y no la del delito consumado la que cabrá afirmar”.⁹⁶

La atención a los preceptos que ilustran en nuestro Código Penal la presencia de los criterios de imputación en la valoración del daño sufrido por la víctima quedaría incompleta sin referir, al menos, aquellos otros en los que aun cuando el legislador no adjetiva expresamente la conducta típica, la exigencia de que, revista cierta entidad –en contraposición a la mera constatación del resultado–, está presente implícitamente. Bastaría con traer a colación la exi-

gencia, unánimemente reconocida por la doctrina y jurisprudencia, de que en el delito de amenazas la intimidación tenga también una intensidad *bastante* para doblegar la voluntad de quien la padece, que en el delito de agresión sexual la violencia o intimidación expliquen, por su gravedad, la dinámica comitiva de los hechos, o que en el abuso sexual de prevalimiento la situación de superioridad tenga tal entidad que impida la imputación del acto a la esfera de responsabilidad de la víctima.⁹⁷ La consecuencia en todos estos casos es que, si pese a revestir menor entidad la violencia o intimidación ejercidas o ser también de menor envergadura la relación de prevalimiento la víctima realiza el comportamiento de que se trate, no podrá apreciarse el respectivo tipo delictivo.

Las manifestaciones de las consideraciones relativas al papel de la víctima sobre la base de criterios de imputación no se agotan en el análisis de la tipicidad. Junto a ellas, son igualmente visibles otras en donde se plasman determinadas causas de justificación. El ejemplo paradigmático lo ofrece el art. 20.5 CP, relativo al estado de necesidad, que contempla entre los requisitos para su apreciación que la situación que lo desencadena no haya sido provocada intencionalmente por el autor. Dejando de momento al margen las peculiaridades de estos supuestos –en tanto que no se discute la protección de la víctima sino la responsabilidad del autor–,⁹⁸ lo cierto es que, también ahora, dicha exigencia expresa un juicio de atribución del resultado entre los intervinientes con vistas a determinar a cuál de ellos es imputable el daño. La consecuencia es que si quien actúa en estado de necesidad ha sido el causante de la situación, sólo a él será atribuible el riesgo que determina la necesidad posterior de actuar para salvar los bienes, decayendo por ello cualquier razón para eximirle de responsabilidad.

⁹⁶ Silva Sánchez, J.M., “La consideración del comportamiento de la víctima en la Teoría Jurídica del Delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la ‘víctimo-dogmática’”, *op. cit.*, p. 38.

⁹⁷ En la manualística, véase por todos Muñoz Conde, F., *Derecho penal, parte especial, op. cit.*, en relación con las amenazas, p. 152; respecto de las agresión sexual, pp. 213 y s., o en relación con el abuso de prevalimiento, p. 225. En relación específicamente con el problema que nos ocupa, véase Silva Sánchez, J.M., “La consideración del comportamiento de la víctima en la Teoría Jurídica del Delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la ‘víctimo-dogmática’”, *op. cit.*, pp. 42 y ss.

⁹⁸ Como explica Tamarit Sumalla, J.M., “lo que se prevé legalmente en la legítima defensa y en el estado de necesidad es propiamente una restricción del derecho de autor, que se traduce en la punibilidad (aunque disminuida) de su comportamiento; algo que no se corresponde con lo propugnado por las referidas tesis, según las cuales se restringe la tutela de la víctima y por lo tanto el ámbito típico y la punibilidad... Más rebuscado resultaría aún el razonamiento en el estado de necesidad, donde no cabría hablar de víctima ni en un sentido muy amplio, si seguimos la concepción doctrinal dominante que interpreta que la ambigua referencia al ‘sujeto’ provocador no va dirigida al que sufre la situación de necesidad sino al auxiliador”. *La víctima en Derecho penal, op. cit.*, pp. 191 y s.

Víctimas culpables: ¿victimodogmática, dogmática penal o intuición?

VI. ¿Agotan los criterios de imputación objetiva la valoración del comportamiento de la víctima?

Hasta aquí el recorrido por el rendimiento de los criterios de imputación como delimitadores de los respectivos ámbitos de responsabilidad entre la víctima y el autor. A nadie escapa, sin embargo, que la necesidad, presente ya en las primeras versiones de los planteamientos victimodogmáticos, de conceder relevancia a la actuación de la víctima no se ha ceñido a los presupuestos situacionales que pudieran solucionar las doctrinas de la imputación objetiva y a los que nos hemos venido refiriendo.

En efecto, junto con los casos en que es posible plantear la imputación del suceso —o parte de él— a los distintos intervinientes con base en dichos criterios —incluida la propia víctima— se suscita el tratamiento que merezcan aquellos otros en los que se cuestiona si el comportamiento del sujeto pasivo del daño pudiera justificar una degradación de la pena del autor con base en consideraciones estrictamente valorativas. Entre ellos, cobra singular importancia la atención a la conducta provocadora de la víctima previa a la agresión, caso que, al menos en una primera aproximación valorativa, pareciera reclamar una cierta rebaja de la pena con base en la supuesta disminución de la antijuricidad del comportamiento del autor desde una contemplación global del suceso.⁹⁹

Tal vez la manifestación más clara de esta tendencia se encuentre plasmada en la circunstancia

atenuante que atenta al comportamiento de la víctima en los delitos dolosos. Contemplada aún en la actualidad por algunos códigos penales de Derecho comparado,¹⁰⁰ esta circunstancia estuvo presente en nuestro Código Penal hasta la reforma de 1983. En concreto, el artículo 9.5 de nuestro Código Penal histórico recogía como circunstancia atenuante “La de haber precedido inmediatamente provocación o amenaza adecuada de parte del ofendido”. Su razón de ser no era otra que el reconocimiento de la degradación de la antijuricidad de la conducta del autor sobre la base del comportamiento a su vez *reproachable* de la víctima.¹⁰¹ Sin necesidad de entrar en el debate en torno a la conveniencia o no de su reintroducción en nuestro Derecho,¹⁰² o incluso de las posibilidades que en la misma línea pudiera ofrecer en nuestro actual Código Penal el art. 21.6,¹⁰³ interesa llamar la atención acerca de que la apreciación de esta circunstancia de modo automático y sin ningún tipo de límite pudiera acabar dando entrada a las versiones más ortodoxas de las teorías victimodogmáticas, hasta el punto de contener el germen con el que dar vida a una suerte de *versari in re illicita*, en su variante ahora de desproteger a la víctima cuando en su momento se comportó de modo descuidado. No es por ello de extrañar que un importante sector doctrinal que se ha mostrado favorable a la reintroducción de una circunstancia atenuante de un tenor similar a la que ya contempló nuestro Derecho histórico proponga condicionar su

⁹⁹ Y no ya en su culpabilidad, de la mano de la atenuación que permitiera la apreciación de una situación de alteración emocional. Sobre el debate en la doctrina alemana, pueden verse las referencias que ofrece Silva Sánchez, J.M., “La victimodogmática en el Derecho extranjero”, *Victimología VII*, Curso de Verano, Universidad del País Vasco, 1989, pp. 108 y s.

¹⁰⁰ Es el caso del Código Penal italiano, que contempla como circunstancia atenuante en el art. 62.5: “l'essere concorso a determinare l'evento, insieme con l'azione o l'omissione del colpevole, il fatto doloso della persona offesa”. Véase también el Código Penal de Nicaragua, que en el art. 17, apartado 29, considera como atenuante el que el autor haya obrado “en reacción a un notable abuso de autoridad realizado por la víctima”, o el Código Penal de Honduras, cuyo art. 16.4 recoge como atenuante: “Haber precedido inmediatamente, de parte del ofendido, provocación o amenaza proporcionada al delito”.

¹⁰¹ Quintano Ripollés, A., *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., Madrid, 1966, pp. 173 y ss., quien destacaba que esta atenuante representa “una última imperfección de la eximente de legítima defensa; una legítima defensa a la que faltare el primer requisito de agresión, estando sustituida por el ataque o agresión moral que la amenaza o provocación supone”, p. 173. De ahí deducía el carácter objetivo de esta circunstancia, ejemplificando su alcance con casos como el de “la mujer que directamente incita a un hombre a la comisión de actos calificables como delitos contra la honestidad”, o el de un “hombre de dinero que, haciendo alarde de su fortuna ante un menesteroso, provoque un atentado contra su propiedad”, pp. 176 y s.

¹⁰² Véase por todos Cancio Meliá, M., y Peñaranda Ramos, E., *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, *op. cit.*, pp. 37 y s.

¹⁰³ Baste recordar que el art. 21.6 contempla como atenuante cualquier circunstancia de análoga significación a las comprendidas en los distintos numerales de este artículo, entre la que se encuentra, en su número primero, la eximente incompleta referida, entre otros supuestos, a los casos de falta de provocación suficiente por el agredido en la legítima defensa. A la vista de lo anterior no sería descabellado valorar con carácter general como atenuante la existencia de una provocación por parte de quien recibe una agresión. Si partimos, como lo hemos hecho en este trabajo, de que la presencia de tal requisito en la legítima defensa encuentra su fundamento en una interpretación —cuestionable— de los criterios de merecimiento y necesidad de pena, la base de su identidad con otros casos en los que se apreciara una provocación de la víctima está servida.

apreciación a la existencia de un comportamiento que realmente, desde una perspectiva valorativa, disminuyera la contemplación del desvalor de la conducta del autor.¹⁰⁴

Ya en nuestro Derecho positivo, la valoración del comportamiento provocado por cauces necesariamente ajenos a la lógica propia de la imputación encuentra su manifestación más palmaria en la exigencia que condiciona la apreciación de la legítima defensa a que el agredido no haya “provocado” de modo “suficiente” la agresión de la que después se defiende. En tanto que, de existir, esa provocación no resiste equipararse a una instrumentalización del agresor, quien en todo momento sigue conservando el dominio del suceso; difícilmente podría argumentarse que el riesgo, como tal, haya sido creado por el provocador y que, por tanto, la exclusión de la legitimidad de la defensa tuviera que ver con la lógica propia de los criterios de atribución normativa. Por el contrario, la única razón con base en la cual es explicable tal opción legislativa tiene tan sólo que ver con la valoración que al legislador merece el comporta-

miento –reprochable– de la víctima desde el punto de vista de los criterios de merecimiento y necesidad de pena,¹⁰⁵ que por la vía de su consagración positiva adquieren valor reductor del ámbito de protección de quien sufre el daño.

Ahora bien, como en parte anunciábamos, no son las reacciones provocadoras las únicas propicias a dar entrada a consideraciones relativas al merecimiento y a la necesidad de pena a la hora de mensurar la posible responsabilidad del autor. Es más, en buena parte de esos otros casos tales consideraciones no se limitan a permitir una atenuación de la pena, sino que adquieren un valor más radical al llevar, incluso, a la desprotección de la víctima. Sin abandonar el capítulo de previsiones en nuestro Derecho positivo, un buen ejemplo de la atención a la conducta de la víctima¹⁰⁶ lo ofrece la limitada tutela que el art. 197 CP brinda al sujeto pasivo frente a los atentados contra su intimidad. La configuración de sus requisitos típicos enlaza con consideraciones relativas a la necesidad de imposición de la pena y, con ello, con razones utilitaristas, basadas en las posibi-

¹⁰⁴ En este sentido escriben Cancio Meliá, M., y Peñaranda Ramos, E., que para la admisión de una atenuante por provocación con independencia de estado pasional de la víctima “sería preciso con carácter general que el comportamiento provocador sea antijurídico, que se halle en una estrecha conexión temporal con la respuesta que provoca y que esta reacción no sea completamente desproporcionada en su intensidad a la provocación. *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, op. cit., pp. 37 y s. Según el parecer de estos autores su fundamento habría de verse de modo paralelo a la exigencia positiva de que no exista provocación suficiente del agredido a efectos de apreciar la legítima defensa: “en ambos casos se da una corresponsabilidad de la propia víctima en la generación de la situación de conflicto que reduce proporcionalmente el injusto material del hecho. Tal corresponsabilidad es mayor cuando nos hallamos ante una agresión aún actual por su parte y más limitada, pero aún significativa –al menos para una simple atenuación–, cuando se trata de una agresión inmediatamente precedente o de otra forma de provocación ‘suficiente’ en el sentido antes indicado”, pp. 39 y ss. Véase también Tamarit Sumalla, J.M., *La víctima en Derecho penal*, op. cit., pp. 163 y ss. Para justificar la reintroducción en nuestro Código Penal, de *lege ferenda*, de dicha circunstancia atenuante, maneja este autor como argumento la *menor intensidad del desvalor del resultado* en determinados supuestos, ya sea por un menor grado de afectación del bien jurídico, ya sea por una menor conmoción del orden jurídico, “entendido éste no en sentido puramente formal sino como sistema de protección de víctimas”, pp. 167 y s. En todo caso, advierte acerca de la importancia de evitar aplicar la atenuación de un modo automático: “La aplicación de este criterio debe estar sujeta a criterios de proporcionalidad, de modo que la aportación de la víctima deberá tener cierta relevancia en relación con la conducta del autor”, extremo éste que, continúa, no sólo puede apreciarse en los casos de delitos dolosos con *cuasidolo* de la víctima, sino también en los casos de conducta negligente de la víctima en un delito doloso, p. 168. Propone como posible fórmula de circunstancia atenuante “la de haber contribuido el ofendido de modo significativo a la producción del hecho típico, con una acción u omisión dolosa o culposa”, p. 227.

¹⁰⁵ Véase al respecto Tamarit Sumalla, J.M., *La víctima en Derecho penal*, op. cit., pp. 190 y ss., con referencias a la doctrina germana que se posiciona en tal sentido. Por su parte, aun cuando este autor expone una serie de argumentos por los que, a su juicio, la razón de ser de la exigencia de provocación no puede identificarse totalmente con los planteamientos victimodogmáticos, lo cierto es que termina confiriendo a tal previsión el valor de permitir una valoración del hecho sobre la base de las circunstancias concurrentes, lo que se asemeja demasiado a aquellos razonamientos: “esta cláusula de idoneidad constituye una saludable válvula de respiración del sistema jurídico que permite una aplicación razonable de una circunstancia eximente que goza de una amplia tradición. Ello debe ser valorado positivamente ya que, sin olvidar el problema que supone la importante división de criterios existentes en punto a la interpretación del art. 20.7, permite ofrecer soluciones satisfactorias a las diversas situaciones planteadas sin tener que acudir a teorías nacidas en el contexto de otros ordenamientos, en la línea de lo sostenido a propósito del delito de estafa”, p. 193.

¹⁰⁶ Podrían ponerse otros ejemplos en los que el legislador tiene en cuenta, no ya el comportamiento de la víctima, sino su condición estática a la hora de brindarle o no protección. Uno de ellos lo ofrece el ámbito de los delitos relativos a la libertad sexual; en concreto, el abuso fraudulento, cuya tipicidad se condiciona a que la víctima no supere los 16 años de edad. Ciertamente es que esta exigencia pudiera entenderse en clave de expresar un requisito similar al del carácter “bastante” del engaño y, con ello, ser manifestación de los criterios de imputación objetiva. Sin embargo, en tanto son imaginables supuestos de engaños dirigidos a mayores de dicha edad que aumenten de modo relevante el riesgo de que el consentimiento se emita viciado, ha de entenderse que la razón de ser de la desprotección de esos otros sujetos obedece a criterios de merecimiento y necesidad de pena.

Víctimas culpables: ¿victimodogmática, dogmática penal o intuición?

lidades –fácticas– de defensa al alcance del sujeto pasivo del daño.¹⁰⁷

En efecto, la aplicación del referido precepto se condiciona a que el autor despliegue determinados medios que reflejan, de un modo u otro, la ausencia de la adopción de cualquier medida de protección por parte de la víctima. Así, por ejemplo, el descuido de ésta al dejar sobre la mesa documentos abiertos a cuya lectura accede sin mayores dificultades un tercero, el arrojar esos mismos papeles a la basura sin destruirlos, siendo así cómo el tercero tiene conocimiento de la información, o incluso el descuido o la imprudencia del titular de los datos en su custodia, llegando a perderlos, determina que el legislador renuncie a dispensarle protección penal no sólo frente al descubrimiento de los datos, sino también respecto a su posterior revelación.¹⁰⁸ Ciertamente es que en el caso del descubrimiento de los datos por las vías indicadas la ausencia de tutela bien pudiera explicarse por razones relativas a la permisibilidad del riesgo, en tanto el modo de acceder a aquéllos se entienda tolerado. Mucho más difícil resulta justificar la impunidad cuando tal medio de conocimiento sirve de base posterior a la atipicidad de la conducta de revelación. Porque ahora sí, en estrictos términos normativos, resulta altamente cuestionable que el desvalor de la conducta de quien divulga datos secretos deba afectarse por el origen de la obtención de esa misma información, esto es, en atención a si la víctima se ha protegido poniendo a salvo sus papeles, cartas o documentos.

Por poner un último ejemplo, podrían traerse a colación los criterios con los que, ya en un ámbito totalmente distinto, el de los delitos patrimoniales, el legislador penal traza los respectivos perfiles del delito de hurto y el de robo con fuerza en las cosas. Ilustrativas son al respecto las circunstancias de escalamiento o de inutilización de los sistemas de alarma o guarda como determinantes de la calificación de los hechos conforme al art. 238. En ellas salta a la vista la relevancia que el legislador concede al comportamiento defensivo de la víctima en aras de calificar la

sustracción. Así, por ejemplo, si el propietario de un chalet rodea la finca con un muro –que con base en la filosofía que inspira el precepto, la jurisprudencia, exige que tenga cierta altura–, la sustracción de lo que se halle en ese recinto que rodea a la vivienda será robo, lo mismo que si el propietario coloca unas rejas en las ventanas que el ladrón fuerza o una alarma que inutiliza para acceder al interior de la vivienda. Si, por el contrario, aquél no se ocupó de proteger su propiedad con estos sistemas, su “dejadez” determina que la pena del autor sea de nuevo más baja, la propia del hurto.

Estamos, en definitiva, ante consideraciones que remiten directamente a una valoración fáctica del suceso y que, con ello, se incardinan en las filas del pensamiento victimodogmático. Con independencia de la valoración que merezcan previsiones como éstas, lo cierto es que en tanto se trata de opciones plasmadas positivamente en el texto legal, la eventual inconveniencia de su reconocimiento habrá de verse, todo lo más, como razón para impulsar, *de lege ferenda*, la modificación de la respectiva previsión que, mientras tanto, representa legítima expresión de una decisión legislativa y, como tal, debe ser seguida por el intérprete y el aplicador del Derecho.¹⁰⁹

Distinto de lo anterior y, por ello, radicalmente inaceptables, entiendo que deben valorarse aquellas construcciones en las que la víctima cobra protagonismo en clave victimodogmática, no en virtud del texto legal, sino de la mano de la labor interpretativa de algunos tipos delictivos realizada por nuestros tribunales de justicia. Se trata, en efecto, de determinadas interpretaciones jurisprudenciales, algunas de ellas con generalizada aceptación, que no sólo no cuentan con base legal alguna, sino cuya razón de ser sigue respondiendo sustancialmente a una comprobación meramente fáctica, atinente a las posibilidades de defensa con que cuenta la víctima. Tal vez la más ilustrativa de todas ellas sea la reducción interpretativa que de la circunstancia de la alevosía realiza nuestro Tribunal Supremo. Como es sabido, es una doc-

¹⁰⁷ Limitaciones que distan de ser privativas de nuestro Derecho positivo. Respecto a dicho planteamiento en la regulación de este delito en el Código Penal alemán, véase por todos Schünemann, B., “Der strafrechtliche Schutz vom Privatgeheimnissen”, *op. cit.*, pp. 32 y ss.

¹⁰⁸ Cumple observar que no es ésta, desde luego, la tónica seguida por nuestro legislador en relación con todos los delitos. Bastaría con comparar la referida restricción de la tipicidad que experimenta el delito de descubrimiento y revelación de secretos con la protección que sigue brindando el Código Penal frente a la conducta del tercero que se apodera de un objeto perdido con valor económico, casos que el art. 253 CP castiga como apropiación indebida de una cosa perdida. Ciertamente la existencia de este delito se basa en los deberes de restitución impuestos en el orden civil a quien halla la cosa, pero ello no impide que el legislador penal hubiera optado por remitir su sanción a aquél otro orden con base en el descuido del propietario.

¹⁰⁹ Al respecto, Tamarit Sumalla, *La víctima en Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 166 y ss.

trina constante en la jurisprudencia de nuestro alto Tribunal la que excluye la aplicación de esa circunstancia allí donde haya mediado una discusión previa entre agresor y víctima que por su entidad e inminencia determine, al menos en teoría, que ésta debería estar alerta de la agresión. Como exponía en otro lugar,¹¹⁰ cierto es que nada habría que objetar a esta interpretación si con ella se estuvieran contemplando los casos en los que la víctima tiene conocimiento no sólo de la realidad, sino también del modo de ataque que empleará su agresor. Porque el desequilibrio de fuerzas propio de esta circunstancia desaparecería si la víctima tuviera también la posibilidad de “planear” o de contrarrestar con la misma rapidez que su agresor el ataque de éste. De darse dichas circunstancias, es lógico que el Derecho penal renunciase a agravar el injusto, en tanto que el fundamento de la alevosía no responde a la especial capacidad de “maquinación” del agresor frente a la “torpeza” o falta de ingenio del agredido, sino al desequilibrio de fuerzas que provoca justamente la ignorancia del medio que emplearía aquél. No es eso, sin embargo, lo que sucede en los casos en los que si bien la víctima no conoce el modo de ataque que emplea el agresor, sí debió haberlo previsto. La pretensión de descartar la alevosía por una “negligencia” de este tipo sólo podría admitirse sobre la base del reconocimiento de una obligación de diligencia, no ya de la propia conducta, sino del comportamiento delictivo proveniente de un tercero, algo que, a la par de entroncar con las criticadas tendencias victimodogmáticas, no encuentra parangón en la interpretación jurisprudencial de ningún otro tipo delictivo en el que pudiera advertirse un cierto grado de previsibilidad del ataque por parte de la víctima.¹¹¹

VII. Valoración final

A lo largo de las páginas anteriores hemos intentado dar cuenta del estado de la discusión en torno a la relevancia que pueda adquirir el comportamiento de la víctima en la calificación de los hechos. Aun reconociendo el gran avance aportado por una cualificada

doctrina que ha trazado las coordenadas del debate, sería engañarse desconocer la inseguridad que todavía envuelve a la traducción dogmática del papel de la víctima. Probablemente, buena parte de su explicación se deba a la imposibilidad de tratar de modo uniforme la variedad de situaciones que pueden darse en la práctica y, a su vez, de someter cada una de ellas a criterios idénticos a la vista de la amplia gama de circunstancias y especificidades que le rodean. A buen seguro son estos factores los que expliquen que pese a las distintas teorizaciones del problema –desde las formulaciones victimodogmáticas hasta las que deducen su solución de los esquemas generales de la teoría del delito– a menudo la solución parezca estar guiada por una suerte de sentimiento valorativo en cada caso. Se explicaría así no sólo que supuestos similares hayan recibido por la jurisprudencia soluciones opuestas, sino que el recurso a un mismo paraguas dogmático sea capaz de amparar resultados antagónicos. Claro es que, entonces, si al final la solución estuviera realmente condicionada por la valoración que merece cada caso concreto, y con ella, por el sentimiento que despierta, buena parte de los esfuerzos doctrinales no tendrían otro mérito que dar una nueva formulación a los criterios de merecimiento y necesidad de pena que en su día inspiraron las soluciones victimodogmáticas. Frente a consecuencias tan derrotistas, hemos intentado poner de relieve que tal disparidad de criterios tiene a menudo más que ver con una perversión en el uso del instrumento que con un déficit *per se* de éste. Pero comoquiera que sea, a nadie debiera extrañar que el recorrido del debate en torno a la relevancia de la conducta de la víctima en la explicación del delito esté llamado a ser aún bastante largo. Incluso cuando la cuestión necesariamente queda abierta y las soluciones sigan siendo variadas, el sentimiento de satisfacción de cualquier penalista debiera alcanzar un punto más que razonable si a estas alturas del debate se consigue, al menos, contar con un sólido punto de partida para su solución. Poca discusión debiera admitir en ese sentido el reconocimiento de que ha sido éste uno más de los grandes méritos de las doctrinas de la imputación objetiva.

¹¹⁰ “Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código Penal”, *Derecho y proceso penal*, núm. 4, 2000, pp. 35 y ss.

¹¹¹ Por ejemplo, ningún fallo ha considerado –al menos hasta la fecha– que no se aplique la figura de la agresión sino el abuso sexual cuando la víctima pudo prever el empleo de violencia y repeler oportunamente la agresión.

Intromisión en la intimidad y Centro Nacional de Inteligencia. Crítica al modelo español de control judicial previo

José L. González Cussac

Universidad de Valencia

RESUMEN: La ausencia de regulación legal respecto a la intromisión en la intimidad por el Centro Nacional de Inteligencia (CNI) fue remediada por la LO 2/2002. En dicha ley se fija un sistema de control judicial previo que, tras ser comparado con el fijado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pone de manifiesto que el control al que se somete al CNI en esta materia no es tanto un control judicial efectivo, sino un control judicial previo limitado exclusivamente a los derechos al secreto de las comunicaciones y a la inviolabilidad del domicilio. Dicho sistema presenta carencias que requieren de una labor legislativa y plantea cuestiones problemáticas merecedoras de una mayor reflexión y debate, dada la relevancia que los servicios de inteligencia desempeñan en nuestro Estado democrático.

PALABRAS CLAVE: Servicios de inteligencia, secreto de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio, control judicial.

ABSTRACT: The absence of a legal framework on invasion of citizen's privacy by the National Intelligence Centre was remedied by Act No 2/2002, that establishes a system of preliminary judicial control. When it is compared with the one envisaged by the Criminal Procedure Act, it becomes clear that the control the Centre is subject to is not that much an effective judicial control, but a preliminary control by the court that remains limited exclusively to the rights of privacy of communications and inviolability of the home. The system previously mentioned presents certain shortcomings that require legislative work and raises problematic issues that deserve a further reflection and debate, given the relevance of intelligence services in our democratic system.

KEY WORDS: Intelligence services, privacy of communications, inviolability of the home, judicial control,

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. La LO 2/2002, del 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del CNI. 3. Críticas al procedimiento establecido en la LO 2/2002. 4. ¿Es suficiente el control judicial previo? 5. Conclusiones.

Rec: 18-02-2015 | Fav: 30-05-2015

1. Planteamiento

El desarrollo de las actividades que constitucionalmente tienen asignadas los servicios de inteligencia del Estado, puede comportar una limitación, restricción o afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Los recientes escándalos internacionales, particularmente las revelaciones de Eduard Snowden, acerca del hipotético abuso de algunos servicios de inteligencia, han vuelto a situar esta materia en el centro de la discusión jurídica, si bien constituyen un tema clásico de discusión.¹

En este trabajo me detendré en el análisis, en el marco jurídico español, de las actividades de inteligencia que pueden suponer una intromisión en el derecho a la intimidad, y más concretamente en los derechos reconocidos en el art. 18.2º y 3º de la Constitución Española (CE). Es decir, me propongo plantear algunas reflexiones sobre el contenido de la LO 2/2002, del 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia (CNI), que directamente se refiere a estos dos derechos.

2. La LO 2/2002, del 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del CNI

En este apartado voy a tratar de describir sucintamente el régimen establecido en esta norma, para después, en los siguientes apartados, introducir algunas reflexiones al hilo de nuestro modelo constitucional y legal, tomando como parámetro esencial la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), del Tribunal Constitucional (TC) y del Tribunal Supremo (TS).

Ya en el art. 12 de la Ley 11/2002 se incluye la referencia al control judicial previo al que deberán someterse las actuaciones del Centro Nacional de Inteligencia que afecten a los derechos promulgados en los apartados 2 y 3 del artículo 18 CE. De modo que conforme a esta remisión, la LO 2/2002 desarrolla la regulación del citado control judicial previo.

Pues bien, la citada LO 2/2002 se estructura en un único artículo en el que se disciplina, de manera conjunta y unitaria, el control judicial previo al que han de someterse todas las actuaciones del CNI referidas a los derechos tutelados en el art. 18.2º y 3º CE.²

La necesidad de esta regulación legal expresa se debe, como afirma la propia Exposición de Motivos de la LO 2/2002, a que el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) exige la previsión legal de tales medidas, al igual que también lo exige el art. 18 CE. Al respecto, no debe olvidarse que el TEDH ha condenado en dos ocasiones a España, precisamente por los defectos que nuestra regulación ordinaria presentaba en relación con esta cuestión. Pero íntimamente unido a esta circunstancia, hay que tomar también en consideración que, hasta la entrada en vigor de esta norma en 2002, no se cumplía esta exigencia en nuestro ordenamiento jurídico. Y no se satisfacía este requerimiento porque, por una parte, no se aplicaba la normativa ordinaria contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) respecto a la actuación de los servicios de inteligencia, principalmente por la diferente naturaleza atribuible a las funciones desempeñadas por éstos en relación con las que constitucional y legalmente corresponde a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado;³ y de otra, porque no existía una normativa específica al respecto.⁴

¹ Por ejemplo, recientemente en España puede consultarse Ruiz Miguel, C., “Problemas actuales del Derecho de los servicios de inteligencia”, *Inteligencia y Seguridad. Revista de Análisis y Prospectiva*, núm. 2, junio de 2007; y Marsal Muntalá, J., “Seguridad versus libertad”, *Arbor: Ciencia, Pensamiento y Cultura*, núm. 709, enero de 2005, pp. 219-226; (<http://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/article/view/504/505>) <http://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/issue/view/34>

² La primera distancia entre ambos textos consiste en que la LO 2/2002 prevé un control unitario y único, sin establecer especificaciones propias derivadas de los distintos derechos afectados ni tampoco de los objetos materiales sobre los que recae la actuación del CNI. Por el contrario, en el régimen ordinario o genérico establecido en la LECrim, sí se trazan requisitos diferentes en consideración a los derechos y objetos afectados. Así, en los arts. 545 a 578 se regulan la entrada y registro en lugar cerrado, y el de libros y papeles; mientras que en los arts. 579 a 588 se hace lo propio con las intervenciones de las comunicaciones.

³ Sin embargo, las diferencias entre las funciones atribuidas a servicios de inteligencia y a los policiales no puede confundirse con la coincidencia en enfrentar fenómenos comunes, como el terrorismo o el crimen organizado, que presentan una doble dimensión: por una parte constituyen amenazas a la seguridad nacional y a la vez delitos graves. Esta coincidencia no debe servir de confusión entre ambas clases de agencias estatales, ni obviamente contribuir a la relajación del control de sus actividades en estas materias. Cfr. Sánchez Barrilao, J.F., “Prevención e inteligencia: Centro Nacional de Inteligencia y comunidad de inteligencia ante el terrorismo, la criminalidad organizada y la inmigración ilegal”, *Revista Ejército de Tierra Español*, núm. 846, septiembre de 2011, p. 61.

⁴ González Cussac, J.L., Larriba Hinojar, B. y Fernández Hernández, A., “Derecho”, en González Cussac, J.L. (coord.), *Inteligencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 345 y 346.

El objeto y ámbito de aplicación viene referido en la Exposición de Motivos, aunque no coinciden exactamente con los reseñados en el título que da nombre a la norma. En efecto, pues, como se expone en aquella, lo que se regula en la misma no es un control judicial propiamente dicho, sino más exactamente un régimen de autorización previo que, aunque puede ser considerado como tal —ése es precisamente uno de los puntos a debatir—, no agota el contenido que comúnmente se asigna a la función del control judicial y que, por otra parte, es la que se establece en la legislación procesal ordinaria. Cuestión distinta es, también, la conveniencia o no del sometimiento de la labor de los servicios de inteligencia a un control judicial, o si por el contrario, dada su especial naturaleza, se presenta como más adecuado otro tipo de controles. No obstante, constituye éste un debate que no debe ser abordado aquí por dos motivos: en primer lugar, porque constituye una materia de una relevancia y complejidad que no puede ser abordada en el presente trabajo. Y en segundo lugar, porque aquí se persigue un análisis mucho más concreto ceñido a lo dispuesto en el Derecho positivo español referido.

Así pues, como punto de partida puede afirmarse que desde 2002 nuestro ordenamiento contiene una normativa específica, la LO 2/2002, que a su vez se complementa con lo dispuesto en la Ley 11/2002, que establece de forma exclusiva el régimen de autorización judicial de las actividades que el CNI debe observar en el desarrollo de sus funciones, que afecten a los derechos fundamentales contenidos en los arts. 18.2 y 3 CE. Pero, como he apuntado antes, se trata de una autorización judicial previa, pero no de un control judicial propiamente dicho. Esta diferencia sustancial se aprecia claramente en la literalidad de la norma, ya que, por ejemplo, el control del resultado de tales actuaciones se otorga al secretario de Estado director del CNI, y no a un órgano jurisdiccional. No en vano, la LO 2/2002, en su Disposición Adicional (en la que se modifican los arts. 127 y 342 bis de la LOPJ), hace referencia al “magistrado del Tribunal Supremo competente para conocer de la *autorización* de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.2 y 3 de la Constitución”, y no atribuye en ningún caso al magistrado encargado, el *control* (completo, esto es posterior) de las actividades del CNI que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.2 y 3 de la Constitución.

En consideración a la especial función que en un Estado de Derecho está llamado a cumplir un servicio de inteligencia, la LO 2/2002 establece un doble procedimiento: primero, el que ha de seguirse para designar a la autoridad judicial a la que se le atribuye la función de autorización de tales medidas; y, segundo, aquel a través del cual el servicio de inteligencia, representado en la figura de su director, ha de solicitar dicha autorización, y del que le será o no concedida la misma, pero que en ningún caso se establezca obligación alguna de rendir cuentas del resultado obtenido. Seguramente la justificación de esta especialidad apunta a que las actividades de inteligencia no están orientadas nunca a obtener pruebas de hechos criminales, ni a ser empleadas en un proceso judicial, ni por tanto a enervar la presunción de inocencia en el mismo, sino a otros objetivos igualmente legítimos, pero completamente diversos de aquéllos.

Decía que el sistema de control fijado en la LO 2/2002 no es completo. Ello es así por cuanto el control al que las diligencias de entrada y registro en lugar cerrado y de intervención de las comunicaciones va referido, en su régimen ordinario, se extiende a todas las fases por las que las mismas se desarrollan: *a)* desde la autorización de su práctica; *b)* hasta su incorporación al proceso judicial como medio de prueba; *c)* pasando por su ejecución, y *d)* llegando hasta los resultados obtenidos con ellas. Así, pues, conviene examinar comparativamente este procedimiento singular con el genérico establecido en la LECrim, para poder efectuar un análisis riguroso del mismo.

A) En cuanto a la **autorización**: conviene comenzar advirtiendo que la LO 2/2002 modifica los artículos 125, 127 y 135 y añade un 342 bis a la LOPJ para posibilitar la designación de un *juez ad hoc* competente en exclusiva para el desempeño de la función de autorización. El nombramiento deberá recaer en un magistrado de la Sala Segunda o Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de entre los que cuenten con tres años de servicio en la categoría, por un periodo de cinco años, a propuesta del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de entre las propuestas de nombramiento presentadas por el presidente del CGPJ.

Sin embargo, como ya adelantaba, en realidad la propia LO 2/2002 concede una amplia función controladora al secretario de Estado director del Centro Nacional de Inteligencia porque, en primer lugar, es el único habilitado para solicitar autorización al

magistrado del Tribunal Supremo, de manera que cualquiera de las actividades limitadoras de los derechos fundamentales que los servicios de inteligencia civiles (CNI) o militares (CIFAS) estimen oportuno realizar, habrán de dirigirse al secretario de Estado director del CNI. El cual solicitará la autorización, lo que implica que, al menos en teoría, tiene la facultad de negarse a realizar dicha solicitud, con lo que a él corresponde el primer filtro de control, con independencia de que la decisión final esté en manos del magistrado, siempre que el secretario de Estado director del CNI acceda a iniciar el procedimiento. Facultad que se extiende, como no podía ser de otro modo, a la hora de solicitar eventuales prórrogas. Las cuales, innecesario es decirlo, deberán pasar también por el mismo tamiz. No resultando ilógico pensar que para ello deberán ponerse en conocimiento del secretario de Estado director del CNI, al igual que del magistrado, los resultados obtenidos –así al menos ocurre en el régimen general–, a fin de justificar la solicitud de continuidad de la medida.⁵

En cualquier caso, parece obvio que la autorización de estas actividades relativas a los derechos fundamentales de los artículos 18.2 y 3 CE requieren un “auto”, pues ésta es una de las resoluciones judiciales, junto con las sentencias, que requieren motivación. Motivación que resulta también, en estos casos, al igual que como ocurre en el régimen ordinario, inexcusable. El citado “auto” debe proceder de dicho magistrado y podría ser denegatorio en caso de estimarse que la medida solicitada resulta innecesaria, desproporcionada o injustificada. De modo que, entonces, se deduce que el “auto”, para que pueda estar debidamente motivado, ha de estar precedido de una solicitud que ilustre suficientemente al magistrado, para que éste pueda efectivamente ejercer su función. Este extremo resulta de gran interés.

En efecto, pues, desde luego la solicitud deberá exponer al menos la necesidad de adoptar la medida, como así ocurre en los supuestos comunes. Más difusa se presenta la necesidad de que la solicitud concrete o detalle el objetivo finalmente perseguido, aunque la letra a) del apartado número 2 del art. único de la LO 2/2002 establece que en la solicitud deberán

constar los hechos en que la misma se apoye, los fines que la motivan y las razones que aconsejan su adopción. Si ello es así, puede hablarse, en lo que a este aspecto se refiere, de un control judicial efectivo.

Ahora bien, también en este extremo surgen ciertas particularidades dignas de reseñarse. Como de sobra es conocido, el Tribunal Constitucional ha insistido en que la necesidad de fundamentación de las resoluciones judiciales obedece al propósito de facilitar el conocimiento a los afectados y a terceros de las razones que llevaron al órgano jurisdiccional a adoptar tal medida, posibilitando con ello un posterior control de las mismas. El fundamento mismo de dicho requisito exige, en consecuencia, una publicidad de la resolución. Publicidad que, cuando menos, se extiende a las partes en el proceso (con todas las salvedades que, dependiendo de los casos, puedan hacerse). Sin embargo, el inciso último del apartado 3 del artículo único de la LO 2/2002 dispone que las actuaciones del magistrado competente tendrán la clasificación de secreto, lo que implica, según establece el artículo 8 de la Ley 9/1968, de 5 de abril, reguladora de Secretos Oficiales, que sólo “podrán tener conocimiento de las materias clasificadas los órganos y las personas debidamente facultadas para ello y con las formalidades y limitaciones que en cada caso se determinen”. Entre estas personas no se encuentran, por razones de pura lógica y efectividad de la medida, los afectados por las mismas. De ello se deriva que, dado que el “auto”, con independencia de su sentido, es irrecurrible, y que el ciudadano afectado por la actividad autorizada en el mismo no va a tener conocimiento de su realización, la exigencia de motivación queda realmente disminuida, y sin apenas posibilidad de posterior revisión. Ello abre el debate acerca de su sentido y utilidad efectivos.⁶

En el marco de esta discusión, tal vez sea pertinente apuntar que quizás su única justificación sea posibilitar un potencial control posterior del Parlamento y del propio gobierno, únicos –excepto, claro, las investigaciones ordinarias en la jurisdicción penal–, al que el mismo se puede ver sometido en nuestro actual modelo, y que, en cualquier caso, se llevaría a cabo en términos completamente extraños a los que rigen un procedimiento jurisdiccional. De ello cabe inferir,

⁵ Aunque no necesariamente deba ser así, pues, en principio, podría ser suficiente con manifestar simplemente que no se ha logrado el resultado obtenido, estimando necesaria la continuidad de la actuación.

⁶ La existencia de ciertas áreas difusas se incrementa en ciertos casos, como por ejemplo el relativo a la interceptación del listado de las llamadas telefónicas o *conteo*. Cfr. Caballero Sánchez-Izquierdo, José M^a, “Supuestos particulares que pueden comprometer el derecho al secreto de las comunicaciones”, *Diario La Ley*, núm. 7573, Sección Tribuna, 21 de febrero de 2011.

pues, que la motivación que se exige a tales resoluciones autorizantes no es, o al menos por congruencia con el sistema no debiera serlo, igual que las del resto de resoluciones jurisdiccionales de esta naturaleza dictadas en el procedimiento ordinario. De hecho, la LO 2/2002 fija con cierto detalle el contenido de la solicitud, no así, sin embargo, el del “auto”. De nuevo aquí brota otra cuestión compleja, pues cabría entonces entender que le podrían ser aplicables las disposiciones genéricas establecidas en la LECrim (arts. 558 y 579).

B) Respecto a la incorporación al proceso judicial como medio de prueba de los datos obtenidos en la actividad del servicio de inteligencia, es claro que nada dice la LO 2/2002, pues no es de su competencia ni persigue estas finalidades. No obstante esta obviedad, también aquí surge el problema de si es posible trasladar las informaciones sobrantes a la policía, si ello ha de estar formalizado, qué efectos provocaría esta práctica y, en definitiva, determinar la validez y eficacia de la llamada “prueba de inteligencia”, que a su vez conecta con la problemática de las denuncias anónimas, con el secreto de las fuentes, y con la explicación suficiente del hallazgo de indicios.⁷

C) Control de la ejecución de la medida. Como es conocido, la LECrim establece en su artículo 569 que para la entrada y registro en lugar cerrado, y en su artículo 586 para la intervención de las comunicaciones postales, es necesaria la intervención directa del juez instructor –y/o del secretario judicial–, lo que supone un control judicial pleno de la diligencia. Por el contrario, ninguna facultad se le atribuye al magistrado del Tribunal Supremo competente para autorizar la actuación de los servicios de inteligencia respecto de la ejecución de tales actividades, con lo que no puede afirmarse que en relación con la misma se haya establecido control judicial alguno.

En efecto, afirmado lo anterior, procede exponer con mayor detalle las diferencias existentes entre el régimen jurídico de investigación contenido en la LECrim y el de las actividades de los servicios de inteligencia. Y conviene hacerlo por separado en consideración de cada uno de los derechos y objetos de tutela afectados por la intromisión.

a) En cuanto a la entrada y registro en lugar cerrado, cabe recordar que por entrada debe entenderse

“toda resolución judicial por la que se limita el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”. Derecho que, según el artículo 545 LECrim, puede ser limitado “en los casos y forma previstos en las leyes”, lo que da cabida a la posibilidad de excepcionar, por medio de una ley, los requisitos genéricos que se exigen a la misma. Pero como acto indirecto de investigación que es, debe acordarse en el seno de un procedimiento judicial. Así, pues, la diligencia de entrada, necesariamente ha de ser autorizada por el juez competente, o cuanto menos puesta en su conocimiento de forma inmediata cuando sea realizada, en los supuestos legalmente tasados, por agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, conforme lo establece el art. 553 LECrim. Diligencia que ha de ser autorizada mediante resolución materialmente motivada, esto es, evidenciando el juicio de necesidad de la medida, y debiéndose notificar al interesado (art. 566 LECrim), es decir, al titular del derecho a la intimidad que se ve afectado, de forma simultánea a su realización, debiendo estar presente él mismo o persona que legítimamente le represente, así como la autoridad y el secretario judicial, so pena de riesgo de nulidad de la diligencia y su posterior valoración como medio de prueba (tanto en la entrada como en el registro). Diligencias que han de practicarse de día, requiriéndose el consentimiento del titular para su continuación durante la noche (arts. 546, 550, 567 y 570 LECrim).

Por el contrario, el régimen de las entradas y registros que los servicios de inteligencia pueden realizar en el cumplimiento de sus funciones es completamente distinto. Para comenzar, el objetivo que las justifica es la recopilación de información para con ella generar inteligencia, y no la detención (facultad ésta que además les está expresamente prohibida en la Ley 11/2002), ni la recogida de instrumentos o efectos de un presunto delito, y es así no sólo porque no investigan delitos, sino porque no actúan en el seno de un proceso judicial. Por lo tanto, la recopilación de datos u objetos con finalidad directa o indirecta de ser utilizados como pruebas por agentes de inteligencia, incluso podría comportar su invalidez para su posterior uso en un proceso judicial, al haber carecido su práctica de las garantías legales exigidas. Más aún, la finalidad perseguida por los servicios de inteligencia

⁷ Sobre esta cuestión es fundamental la STS 921/2006, de 26 de septiembre (caso Perote).

al desarrollar la entrada en un lugar cerrado puede ser la de registrar —pero nunca recoger o aprehender material probatorio—, y también para colocar aparatos de vigilancia, con el objetivo siempre de prevenir amenazas a la seguridad nacional.⁸

En consecuencia, esta finalidad obliga, a fin de posibilitar la efectividad de la medida, no ya a enervar la presencia judicial, sino de manera principal a garantizar la falta de conocimiento por parte del afectado. Así, pues, la misma eficacia y finalidad de esta medida, cuando es desarrollada por los servicios de inteligencia, parece irremediamente conducir, además de lo ya dicho sobre la ausencia de control judicial, a la necesaria ignorancia de las garantías legalmente establecidas. Garantías que en el marco de un proceso criminal no se dirigen sólo a asegurar el derecho a la intimidad sino también a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Proceso, como se ha dicho, inexistente en los supuestos de actuación de los servicios de inteligencia.

b) Por lo que se refiere a las **intervenciones de las comunicaciones**, cabe recordar que por las mismas han de entenderse las postales, telegráficas, telefónicas, así como las digitales. Y cada una de ellas tiene un régimen específico. Puesto que la LO 2/2002 hace una referencia genérica a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.2 y 3 CE, y que dentro del último de ellos han de encuadrarse todas las comunicaciones, por cuanto que lo que se protege es “la comunicación y no lo comunicado”, todas ellas deben considerarse incluidas en el ámbito de aplicación de la citada Ley Orgánica 2/2002.

Pues bien, la intervención de las comunicaciones postales y telegráficas se encuentra regulada en los artículos 579.1 y 580 a 588 LECrim. Su régimen jurídico precisa de una resolución judicial motivada mediante la cual se ordena a agentes de la policía judicial o asimilados, la detención del soporte a través del cual se lleva a cabo una correspondencia postal o telegráfica del imputado para que, con las garantías de intermediación judicial y contradicción, se dé lectura a la misma a fin de convertir dicho acto de investigación, en su caso, en un acto de prueba preconstituida.

De este régimen se derivan los requisitos que la misma ha de revestir. Así, en primer lugar, ha de ser ordenada mediante auto motivado en el que se pondere el correspondiente juicio de proporcionalidad al que debe responder la medida, emitida en un proceso penal; se fijen las personas que pueden ejecutarlo; así como las formalidades y efectos del acto de lectura, que para posibilitar su conversión en prueba preconstituida requiere necesariamente que sea practicada por el juez de instrucción competente (art. 586 LECrim) en presencia del secretario judicial (arts. 586 y 588 LECrim) y la del imputado (arts. 584 y 585), conllevando la ausencia de cualquiera de los tres requisitos la nulidad de la diligencia. Ninguna de estas exigencias y requisitos se contemplan en la LO 2/2002, que sólo exige la previa autorización judicial.

Por su parte, las intervenciones telefónicas requieren como presupuesto su previsión legal,⁹ y que su adopción sea decretada por un órgano jurisdiccional en el marco de un proceso judicial incoado para la investigación de un delito grave o delitos leves con trascendencia social, lo que supone el cumplimiento de los principios de jurisdicción, legalidad y proporcionalidad.

En el procedimiento ordinario, esta medida podrá tener una duración máxima de tres meses (art. 579.3 LECrim), prorrogables por periodos iguales; y puesto que no se fija limitación al número de prórrogas podrá extenderse durante tiempo indefinido. Teniendo en cuenta que la eficacia de esta medida requiere que se lleve a cabo inaudita parte, esto es, sin conocimiento previo del afectado, el juez de instrucción puede acordar el secreto instructor 1º, que no podrá tener un plazo superior a un mes (art. 302.2 LECrim), transcurrido el cual necesariamente habrá de darse a conocer a todas las partes procesales. Ello hace inoperantes e innecesarias no sólo la continuación de la diligencia inicialmente autorizada —siempre que hubiera sido concedida por un periodo superior a ese mes—, sino de las hipotéticas prórrogas que pudieran solicitarse. No entraré aquí a valorar el remedio empleado en la práctica, consistente en el recurso a las llamadas *diligencias indeterminadas*.

⁸ Una exposición panorámica de las actividades de inteligencia en derechos y garantías puede verse en González Cussac, J.L., Larriba Hinojar, B., y Fernández Hernández, A., “Derecho”, en González Cussac (coord.), *Inteligencia, op. cit.*, pp. 323-333.

⁹ Al respecto, recuérdense las dos condenas a España por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por este motivo: Valenzuela c. España (STEDH 1998/31 de 30 julio de 1998), y Prado Bugallo c. España (STEDH 2003/6 de 18 de febrero de 2003).

En síntesis, el procedimiento común discurre por las siguientes fases: por lo general, la medida ha de ser ordenada por el juez de instrucción objetiva y territorialmente competente, que mediante auto motivado ordenará a los funcionarios de policía judicial o empleados de la compañía telefónica la intervención y grabación de las escuchas durante el periodo de tiempo fijado en la resolución. Las grabaciones, una vez practicadas y fijadas en los oportunos soportes, han de ser íntegramente puestas a disposición del Juzgado para que, con la intervención de todas las partes en el proceso, sean transcritas en un acta bajo la fe del secretario.

Por su parte, en la LO 2/2002, inciso d) del apartado 2 de su artículo único, se fija el límite máximo de duración de esta medida también en tres meses. Plazo que también puede ser prorrogado por “sucesivos periodos iguales”, sin fijar límite alguno. Sin embargo, en este caso, el establecimiento de las prórrogas parece justificarse en la ausencia de una obligación, ni para el magistrado del Tribunal Supremo, ni para el secretario de Estado director del CNI, de poner en conocimiento del afectado la medida adoptada. Así pues, dichas prórrogas, mientras puedan considerarse necesarias y eficaces en la consecución del objetivo pretendido, no deben ser comunicadas al afectado ni siquiera después de alzarse, si con ello se pusiera en riesgo la finalidad perseguida, o la seguridad de las fuentes, métodos e identidades de los servicios de inteligencia.

D) Finalmente, en lo que al **control de los resultados** se refiere, procede poner de manifiesto la atribución del control al secretario de Estado director del CNI y no al magistrado del Tribunal Supremo competente. El apartado 4 del artículo único de la LO 2/2002 establece que “el secretario de Estado director del Centro Nacional ordenará la inmediata destrucción del material relativo a todas aquellas informaciones que, obtenidas mediante la autorización prevista en este artículo, no guarden relación con el objeto o fines de la misma”. Por consiguiente, es en realidad el secretario de Estado director del CNI quien posee las facultades legales para evaluar y usar la información a fin de satisfacer los fines perseguidos, esto es, el que decide qué es relevante y qué no lo es, y qué hacer con tales informaciones, antes de su preceptiva destrucción o borrado.

Las informaciones obtenidas por estos medios deben ser, a tenor del texto legal, inmediatamente

destruidas. Ahora bien, no se establece mecanismo judicial que garantice el cumplimiento de dicho deber. Lo anterior, sin embargo, no implica que tales actuaciones carezcan de control alguno, pues el art. 11 de la LO 11/2002 establece un control parlamentario al que debe someterse la actividad del CNI. En efecto, pues toda la actividad desarrollada por los servicios de inteligencia –no sólo la que afecte a los derechos de los artículos 18.2 y 3 CE– se encuentra sometida al control parlamentario y por supuesto al ejercido por el propio gobierno. Ello, con independencia de la mayor o menor efectividad que estos controles posteriores puedan revestir. Pero, en cualquier caso, no existe previsión de un control judicial específico.

De forma que, sólo en los casos en que se soliciten prórrogas puede afirmarse la posibilidad de un cierto control judicial de los resultados obtenidos. Y utilizo la expresión “cierto control”, porque, a diferencia de lo que ocurre con la solicitud, nada se especifica en la LO 2/2002 sobre los requisitos que las solicitudes de las prórrogas deben cumplir. Este silencio legal abre una doble vía interpretativa. Según la primera opción, las solicitudes de prórroga deberán cumplir con los requisitos exigidos para la solicitud inicial, en la que lógicamente nada se dice respecto de la obligación de expresar los resultados obtenidos, pues todavía no los hay. Y segunda alternativa, entender que es suficiente con reseñar que los fines para los cuales se solicitó todavía no se han alcanzado, en cuyo caso tampoco se controlan los resultados obtenidos, pues únicamente se dice lo que no se ha logrado. De modo que, en cualquier caso, queda a la discrecionalidad del secretario de Estado director del CNI hacer mención o no a los mismos en las solicitudes de prórroga. Así pues, parece establecerse un sistema de control cuya posibilidad de ejercicio se deja al criterio del controlado, esto es, una suerte de autocontrol.

Para finalizar este apartado debo subrayar un extremo sobradamente sabido: la CE garantiza el secreto de las comunicaciones, entre las que explícitamente cita las postales, telegráficas y telefónicas, pero ello ha de entenderse a título de ejemplo, esto es, como una técnica de *numerus apertus*. Es decir, el texto constitucional recoge los medios tradicionales de comunicación a distancia, pero la fórmula no agota cualquier otro modo de comunicación cerrada entre un emisor y un receptor. Así pues, en su contenido se incluyen también las comunicaciones telemáticas

y en particular *el correo electrónico*, a las que serán de aplicación las garantías y régimen de control establecido para los medios tradicionales.¹⁰

3. Críticas al procedimiento establecido en la LO 2/2002

Son varias las opiniones críticas expresadas a este procedimiento, pero aquí tomaré como referencia la formulada por Gimbernat Ordeig,¹¹ en consideración a su contundencia y a su abierta calificación de inconstitucionalidad.

En efecto, el citado autor comienza afirmando que la LO 2/2002 plasma un pacto entre los dos grandes partidos políticos que constituye un “vergonzoso fraude constitucional”. Para llegar a esta drástica conclusión, comienza por explicar los orígenes del art. 18.3 CE, deduciendo de los debates parlamentarios que culminaron con la aprobación de la Constitución de 1978, la auténtica “voluntad del legislador” pretendida con la redacción de este precepto:

que la intervención de las comunicaciones pudiera decretarse exclusiva y excluyentemente dentro del marco de los procedimientos criminales –siempre dirigidos por un juez– y que en ningún caso ni la policía, ni los servicios de inteligencia, pudieran emprender por su cuenta atentados contra la intimidad de las personas si no disponían previamente de una autorización judicial.

Es más, esta conclusión no se deriva sólo de la que efectivamente fue la voluntad del legislador constituyente, “sino de la más elemental lógica jurídica”, porque en 1978, al tiempo de redactarse la Constitución, el único procedimiento en el cual era jurídicamente posible que la autoridad judicial pudiera decretar el levantamiento del secreto de las comunicaciones era el regulado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Entonces, como no se establecía en ningún otro supuesto, sino que sólo en el marco de un proceso penal la CE prevé, excepcionalmente, que se pueda levantar judicialmente el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y a la intimidad familiar y personal,

y de igual modo después. Ahora, ese marco exclusivo debe permanecer inalterable.

Según Gimbernat Ordeig, con ello la CE

garantizaba a los ciudadanos, en su art. 18, que si una persona no había cometido ningún delito o, al menos, no existían indicios firmes de que fuera a ejecutarlo, tenía la seguridad (jurídica) de que nadie –ni siquiera un juez– podía asaltar ni sus comunicaciones ni su intimidad (en este sentido, por todas, y tajantemente, las sentencias del TC 299/2000, de 11 de diciembre, y 165/2005, de 20 de junio).

Pero a juicio de Gimbernat Ordeig, como los dos grandes partidos españoles querían seguir teniendo el deseo de escudriñar –por muy íntimo y secreto que ello fuera– en la vida de nosotros, se

inventan, mediante la LO 2/2002, un supuesto “procedimiento” y una desnaturalizada “resolución [judicial] motivada” para que el CNI pueda “proteger y promover los intereses políticos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España” (éstos son, según el art. 4 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, y entre otros, las funciones y los objetivos de nuestros servicios secretos), con lo que, sobre esa base normativa, sería “legal” intervenir las conversaciones de, por ejemplo, empresarios, periodistas, intelectuales, políticos, abogados o magistrados –aunque no existiera el mínimo indicio de que hubieran podido cometer un delito o de que lo estuvieran preparando– para determinar, entre otros extremos, cuáles son sus vidas o sus orientaciones sexuales, o la de sus cónyuges, qué enfermedades padecen, si tienen o no hijos drogadictos, etcétera, pues, según los resultados a los que se llegara en esas invasiones “prospectivas” de la intimidad, podría alcanzarse la eventual conclusión de que son personas “chantajeables” por terceros y que ello puede poner en peligro los “intereses políticos, económicos, industriales, comerciales o estratégicos de España”.

En consideración a lo anterior, Gimbernat Ordeig concluye que la LO 2/2002 es inconstitucional por dos motivos.

¹⁰ Por todos, recientemente, Guisasaola Lerma: “Tutela penal del secreto de las comunicaciones. Estudio particular del supuesto de intercepción ilegal de telecomunicaciones por autoridad o funcionario público”, en Carbonell Mateu, González Cussac y Orts Berenger (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 950.

¹¹ Gimbernat Ordeig, “La vida de nosotros”, *Estado de Derecho y Ley Penal*, La Ley, Madrid, 2009.

En primer lugar, porque está fuera de discusión, como ya se ha señalado, que el único procedimiento vigente en 1978 en el que era viable que un juez autorizara el levantamiento del secreto de las comunicaciones era el procedimiento criminal. En consecuencia,

no es constitucionalmente posible que la LO 2/2002 instaure ahora un “procedimiento” o “expediente” donde se puedan acordar igualmente escuchas telefónicas sin ninguna de las garantías preceptuadas para aquél. Así, y entre otras: que a lo largo del procedimiento penal –y aunque esté decretado el secreto de las actuaciones– se exige “la intervención del Ministerio Fiscal, garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos por lo dispuesto en el art. 124.1 CE” (así, por todas, la sentencia del TC 165/2005, de 20 de junio); y que, una vez levantado ese secreto de las actuaciones, el propio interesado puede conocer e impugnar, junto al Ministerio Público –por ausencia o por defectos de motivación o por otros vicios–, la constitucionalidad de la medida, impugnación que pueden hacer valer tanto ante el juez instructor como ante la Audiencia Provincial, ante el Tribunal Supremo, o finalmente, ante el Tribunal Constitucional. En cambio, en el procedimiento o expediente de la LO 2/2002, el auto que acuerda invadir el secreto de las comunicaciones y la intimidad del interesado nunca podrá ser impugnado ni recurrido: ni por este último ni por el Ministerio Fiscal, ya que en ese expediente no tiene intervención alguna el Ministerio Público, y ya que el interesado –hasta que se muera– nunca va a tener conocimiento de que sus conversaciones han sido intervenidas.

En segundo lugar, en su opinión, la LO 2/2002 es inconstitucional, “porque constituye una tomadura de pelo el requisito que establece que el magistrado especial podrá acceder a la solicitud del CNI mediante resolución motivada”. Para sostener esta afirmación se apoya en la doctrina constitucional sobre los requisitos y garantías de la intervención telefónica.¹² Si bien Gimbernat Ordeig sugiere que la motivación

de la resolución judicial “no se exige por la motivación misma, sino porque sólo con esa motivación es posible alcanzar dos fines constitucionales”. Estos dos fines constitucionales son los que se encuentran descritos en la propia jurisprudencia del TC, y que el autor cita literalmente:

De un lado, exteriorizar las reflexiones que han conducido al fallo como factor de racionalidad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que paralelamente potencia el valor de la seguridad jurídica, de manera que sea posible lograr el convencimiento de las partes en el proceso respecto de la corrección y justicia de la decisión; de otro, garantizar la posibilidad de control por los tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido este Tribunal a través del recurso de amparo (sentencia del TC 108/2001, de 23 de abril; véanse también, en el mismo sentido, y entre otras, las sentencias del TC 108/2001 y 165/2005).

La conclusión que extrae de lo anterior Gimbernat Ordeig es la siguiente:

A la vista de estas dos finalidades que justifican por qué la resolución debe de ser motivada, la que establece la LO 2/2002 es papel mojado y debe ser considerada, por ello, inconstitucional ya que, en primer lugar, no se pone en conocimiento del interesado ni del Ministerio Fiscal, por lo que es imposible que esa motivación pueda “lograr el convencimiento de las partes respecto de la corrección y justicia de la decisión”, siendo así que, por no poder personarse en el expediente, nunca sabrán si esa resolución existe ni, por consiguiente, y mucho menos aún, cuál es su contenido y ya que, en segundo lugar, tampoco se les garantiza ni al interesado ni al Ministerio Fiscal la posibilidad de controlar la corrección de la resolución ante tribunales superiores, no sólo porque, obviamente, no se puede recurrir lo que no se conoce, sino porque, además, la resolución del magistrado especial es irrecurrible y, por ello, no puede ser examinada por tribunal superior de clase alguna.¹³

¹² En concreto reproduce la siguiente cita: “la intervención de las comunicaciones telefónicas sólo puede considerarse constitucionalmente legítima cuando, además de estar legalmente prevista con suficiente previsión, se autoriza por la autoridad judicial en el curso de un procedimiento mediante una decisión suficientemente motivada y se ejecuta con observancia del principio de proporcionalidad” (sentencia del TC 184/2003, de 23 de octubre).

¹³ Gimbernat Ordeig finaliza su trabajo con aseveración tremenda: “Quién de nosotros, que nunca ha cometido delito alguno, está siendo investigado en estos momentos en sus conversaciones y por qué motivo, qué secretos e intimidades nuestras conoce ya el Gobierno, es imposible de saber. El Estado puede entrar a saco en la vida de nosotros, pero, a diferencia de lo que sucedía antes de la entrada en vigor de la LO 2/2002, ya ni siquiera nos podemos defender”.

4. ¿Es suficiente el control judicial previo?

Ante la rotunda y grave afirmación de inconstitucionalidad de la LO 2/2002, conviene introducir algunas reflexiones al respecto.

Desde luego, es evidente que la LO 2/2002 no contiene todas las garantías ordinarias previstas para la práctica de tales diligencias en el seno de un procedimiento criminal. Pero también es evidente que tales garantías se inscriben en el marco de un proceso penal, de suerte que además de la tutela del derecho al secreto de las comunicaciones y de la inviolabilidad del domicilio, su exigencia persigue la protección del derecho a un proceso con todas las garantías y, si se quiere, del derecho a la presunción de inocencia. Ahora bien, como las actuaciones de los servicios de inteligencia no van dirigidas a enervar válidamente la presunción de inocencia en un proceso judicial, esto es, a obtener pruebas incriminatorias, la LO 2/2002 limita sus efectos y los acomoda a las finalidades constitucionales y legales atribuidos a las agencias de inteligencia: prevenir y neutralizar amenazas a la defensa y seguridad nacional.

En mi opinión, esta idea, la diferente finalidad perseguida, permite modular la afirmación de inconstitucionalidad, y cuanto menos obliga a profundizar en la misma, abriendo un debate más amplio. En efecto, pues, la intromisión en la intimidad practicada por los servicios policiales se inscribe necesariamente en el marco de un proceso penal y está orientada al acopio de evidencias destinadas a la represión de hechos delictivos. De ahí que se exija su práctica conforme a unas estrictas garantías. Sin embargo, la intromisión en la intimidad provocada en el desarrollo de las actividades de los servicios de inteligencia –aun cuando comporten el mismo grado de afectación al contenido del derecho fundamental– nunca persigue obtener pruebas susceptibles de trasladarse a un proceso penal, sino exclusivamente obtener información para, después de analizarla, sea finalmente entregada al decisor político, dentro de las finalidades atribuidas relativas a la seguridad nacional.

Por tanto, el examen sobre la posible inconstitucionalidad de la LO 2/2002 debe hacerse partiendo de la diferente finalidad perseguida por los distintos servicios de investigación del Estado y, desde ahí, evaluar

si el singular objetivo de las agencias de inteligencia, justifica –en el marco de nuestra ley fundamental y de su desarrollo jurisprudencial– un régimen jurídico propio, autónomo y más flexible, que el establecido para las actuaciones enmarcadas en un proceso criminal. Ésta es a mi juicio la cuestión clave por debatir.

Pero antes de continuar en esta dirección, es menester apuntar tres cuestiones adyacentes. Las dos primeras únicamente las voy a enunciar: primera, la existencia de argumentos de Derecho comparado que permiten al menos albergar la presunción de constitucionalidad de la LO 2/2002, en la medida que en modelos constitucionales similares y armonizados por la jurisprudencia del TEDH se aplican regímenes menos exigentes formalmente que el nuestro.¹⁴ Segundo, que desconozco, hasta la fecha, la interposición de recursos o cuestiones de constitucionalidad frente a la citada norma, así como la presentación de recursos de amparos por aplicación de la misma.

Y tercera cuestión, no comparto el argumento de Gimbernat Ordeig que podríamos denominar de “examen de foto fija”. Es decir, que como en el momento de promulgarse la Constitución en 1978 sólo estaba prevista legalmente la intromisión en la intimidad en el seno de un proceso penal, posteriormente el legislador quedaría vinculado a ese instante y, en consecuencia, no podría nunca ampliarlo a otros supuestos distintos. Una conocida frase de Thomas Jefferson desmonta este argumento: “No podemos entregar a los muertos el gobierno de los vivos”. Su significado se comprende por sí mismo. Y si esto se proclamaba respecto al inmovilismo de los textos constitucionales, con mayor medida debe hacerse en relación con los necesarios cambios de la legislación ordinaria. Es más, lo que Gimbernat Ordeig en realidad sostiene comporta una absoluta inversión de la jerarquía normativa, porque supone blindar constitucionalmente la ley procesal vigente en 1978, y sólo a ella. O lo que es más grave, conlleva condicionar la exégesis del art. 18 CE de acuerdo con el modelo legal procesal preconstitucional. Y en cualquier caso, su tesis supondría una intolerable limitación de la iniciativa legislativa y de la acción política. Por consiguiente, creo que este argumento no es válido para mantener categóricamente la inconstitucionalidad de la LO 2/2002, y muy al contrario, considero que es perfectamente posible

¹⁴ Cfr. Ruiz Miguel, C., *Servicios de inteligencia y seguridad del Estado constitucional*, Tecnos, Madrid, 2002; y Pérez Villalobos, M.C. *Derechos fundamentales y servicios de inteligencia*, Granada, 2002.

el desarrollo de la legislación ordinaria sin más límites que el marco constitucional.

Por tanto, debemos centrarnos en si la singular finalidad atribuida a los servicios de inteligencia españoles permite, en nuestro sistema constitucional, un régimen diferente cuando en sus actividades resulta necesaria la intromisión en el derecho a la intimidad. Para este menester es esencial el cotejo de nuestra jurisprudencia.

Para comenzar debemos recordar que conforme a reiterada jurisprudencia constitucional, los derechos fundamentales no son absolutos, sino que están limitados por la concurrencia de otros derechos fundamentales de otros ciudadanos y por la tutela del Estado democrático de Derecho.¹⁵

A continuación debemos fijar exactamente el contenido de las normas a aplicar. En cuanto a la CE, como se sabe, en su artículo 18 proclama el derecho a la intimidad (apartado 1º); la inviolabilidad del domicilio, excepto si existe consentimiento del titular, resolución judicial o en caso de flagrante delito (apartado 2º); el derecho al secreto de las comunicaciones, “salvo resolución judicial” (apartado 3º); y la “libertad e intimidad informática” (apartado 4º). Por su parte la LO 2/2002 únicamente disciplina las afectaciones a los derechos contenidos en los apartados 2º y 3º, pero nada dispone sobre las relativas al derecho a la intimidad tutelado en el apartado 1º o a la más específica vinculada a la informática.¹⁶

El paso siguiente se centrará en el análisis de los criterios jurisprudenciales sentados en materia de intervención de las comunicaciones. Pueden resumirse

en dos grandes exigencias: cobertura legal suficiente (grado mínimo de protección legal) y garantías de la intervención (control judicial).

La primera exigencia es la **suficiencia normativa**, esto es, la necesidad de cobertura legal y la calidad de la previsión legislativa. Existen numerosos precedentes en la jurisprudencia del TEDH en los que se declara infringido el art. 8 del Convenio, justamente por la ausencia o insuficiencia de la regulación legal de las intervenciones de las comunicaciones en el marco de un proceso penal, al no determinarse con claridad y precisión el alcance o las modalidades de ejercicio de facultades discrecionales.¹⁷ Y de sobra se conocen las dos resoluciones que condenan a España por insuficiencia en la previsión contenida en el anterior y en el actual art. 579 LECrim.¹⁸

En idéntico sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, insistiendo en la necesidad de que cualquier injerencia en los derechos fundamentales requiere una autorización legal que evite la arbitrariedad. De suerte que, ante la vaguedad e indeterminación de la legislación procesal española, en línea con la doctrina del TEDH y considerando las garantías de certeza y seguridad jurídica, ha suplido dichas insuficiencias con una interpretación constante desde la esencial STC 49/1999, de 5 de abril.¹⁹

Similar orientación ha seguido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la que se insiste en las carencias de la normativa procesal española y en la necesidad de ser corregidas mediante una restrictiva interpretación judicial.²⁰

¹⁵ Por todas, la clásica STC 25/1981, de 14 de julio (FJ 5). Véase Vives Antón, “*La libertad como pretexto*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 399.

¹⁶ Con este silencio parece que la LO 2/2002 se suma a la desidia legislativa general en materia de regulación de las intromisiones al derecho a la intimidad, en particular las relativas al uso de mecanismos o artificios de grabación del sonido o de la imagen por parte de terceros, salvo lo excepcionalmente dispuesto para supuestos de terrorismo en el art. 51.2º LOGP.

¹⁷ De especial interés las SSTEDH 12 de julio de 1988 (caso *Malone contra el Reino Unido*); 24 de abril de 1990 (caso *Kruslin contra Francia*); 24 de abril de 1990 (caso *Huvig contra Francia*); 12 de mayo de 2000 (caso *Khan contra Reino Unido*); 26 de septiembre de 2006 (caso *Abdulkadr Coban contra España*).

¹⁸ SSTEDH 30 de julio de 1998 (caso *Valenzuela Contreras contra España*), y 18 febrero 2003 (caso *Prado Bugallo contra España*).

¹⁹ Ya antes había comenzado a perfilar las exigencias de las intervenciones en las SSTC 34/1996, de 11 de marzo; y 121/1998, de 15 de junio. Es a partir de la citada STC 49/1999 cuando se establece un canon de constitucionalidad más depurado y que han seguido, entre otras, las SSTC 123/2002, 184/2003 y 230/2007, de 5 de noviembre. En la doctrina, son de interés, entre otros, los siguientes trabajos: Gómez Colomer, J.L., “La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia”, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, 1998; López Ortega, “Intimidad informática y Derecho penal (la protección penal de la intimidad frente a las nuevas tecnologías de la información y comunicación)”, *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*, CDJ, 2004; Marchena Gómez, “Intimidad e informática: la protección jurisdiccional del *habeas data*”, *BJMJ*, 1996; Martín Morales, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, 1995; Martínez Martínez, *Tecnologías de la información, policía y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; Mata y Martín, “La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas: intimidad y nuevas tecnologías”, *RP*, 2006; Morales Prats, “Servicios de información y espionaje del Estado y secreto de comunicaciones telefónicas”, *Actualidad Aranzadi*, 253, 1996; Parejo Alfonso, “El derecho fundamental a la intimidad y sus restricciones”, *CDJ*, Madrid, 1996; y VV.AA., *Acceso judicial a la obtención de datos*, núm. 25, CDJ, 1997.

²⁰ Por todas, ver las importantes SSTC 22 enero de 2003 y 26 de septiembre de 2006.

Intromisión en la intimidad y Centro Nacional de Inteligencia. Crítica al modelo español

Pues bien, todas las anteriores consideraciones se han llevado a cabo a propósito de las intervenciones de las comunicaciones en sede procesal. Por ello, las mismas se especifican en las siguientes: definición de las personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial; naturaleza de las infracciones susceptibles de poder legitimar la intervención; la fijación de un límite a la duración de la ejecución; el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a seguir para conservar intactas y completas las grabaciones, a fin de posibilitar el control por el juez y la defensa; circunstancias en las que puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, etcétera.

La cuestión entonces es determinar cuáles de estas exigencias de control de la calidad legislativa son trasladables a una legislación referida a intervenciones *extraprocesales, preventivas y prospectivas* como las que practican los servicios de inteligencia.

Desde luego, parece lógico renunciar a las previsiones legales relativas a establecer garantías procesales, es decir, las directamente vinculadas con el art. 24 CE, en la medida que las intervenciones operadas por los servicios de inteligencia no persiguen la obtención de pruebas. Ahora bien, ello no excluye la necesidad de que la cobertura legal, en este caso el artículo único de la LO 2/2002, satisfaga las exigencias de un grado mínimo de protección legal.²¹ En este sentido, la citada norma establece como presupuesto habilitante de la solicitud al magistrado para que autorice esta clase de medidas, *su necesidad para el cumplimiento de las funciones* propias del CNI; funciones que vienen determinadas en la Ley 11/2002.²²

En este contexto resulta pertinente recordar que no hay derechos fundamentales absolutos, y que por consiguiente éstos pueden limitarse, entre otras razones, en atención a la “tutela del Estado democrático”. De ahí que el AAP de Madrid de 10 de mayo de 1996 (caso *escuchas del CESID*),²³ si bien apelaba a la protección de intereses como la “seguridad nacional”, a “intereses constitucionalmente relevantes” y a “los potenciales enemigos del Estado”, advertiera que *“una cosa es que el derecho a la intimidad no tenga*

el carácter de absoluto, y otra muy distinta que se le vacíe completamente de contenido”. Pero, como se observa, el debate no se sitúa tanto en la aceptación de intereses colectivos que puedan justificar la intromisión, sino que se desplaza hasta la legitimidad, necesidad y proporcionalidad de su aplicación concreta. Al respecto, es igualmente ilustrativa la importante STEDH de 6 septiembre de 1978 (caso *Klass y otros contra Alemania*), que justamente en esta materia señala: “Las sociedades democráticas se encuentran amenazadas en nuestros días por formas muy complejas de espionaje y por terrorismo, de suerte que el Estado debe ser capaz de combatir eficazmente estas amenazas, de vigilar en secreto a los elementos subversivos que operan en su territorio”.

De modo que, una vez justificada la necesidad de la medida para el desempeño de sus atribuciones legales, la segunda concreción se establece en referencia a la única autoridad competente en España para poder solicitarla: el secretario de Estado director del CNI. Y a continuación el precepto establece cuatro límites:

- a) especificación de las medidas que se solicitan; b) hechos en que se apoya la solicitud, fines que la motivan y razones que aconsejan la adopción de las medidas solicitadas; c) identificación de la persona o personas afectadas por las medidas, si fueren conocidas, y designación del lugar donde hayan de practicarse; d) duración de las medidas solicitadas, que no podrá exceder de veinticuatro horas en el caso de afección a la inviolabilidad del domicilio y tres meses para la intervención o interceptación de las comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas o de cualquier otra índole, ambos plazos prorrogables por sucesivos períodos iguales en caso de necesidad.

Asimismo, el apartado 4 del mencionado artículo único dispone que: “El secretario de Estado director del Centro Nacional de Inteligencia ordenará la inmediata destrucción del material relativo a todas aquellas informaciones que, obtenidas mediante la autorización prevista en este artículo, no guarden relación con el objeto o fines de la misma”.

²¹ Y desde luego, nada de ello impide la posibilidad de un control judicial en sede penal si existen indicios de criminalidad.

²² Con esta previsión legal podrían evitarse en el futuro, siempre que además se practique con el resto de garantías fijadas, casos como el contenido en la SAP de Vitoria de 4 de abril de 2003, en la que se condenó a los máximos responsables del entonces CESID, por las grabaciones realizadas en la sede de HB en Vitoria.

²³ Sobre este trascendental asunto, véanse también las SSAP de Madrid de 26 mayo de 1999 (sección 15); 4 de marzo de 2005 (sección segunda) y la STS de 26 de septiembre de 2006.

La ley, en cuanto establece límites al ejercicio de un derecho fundamental, ha de ser suficientemente *accesible y previsible*. En otras palabras, la norma no sólo debe ser respetuosa con el contenido material del derecho al secreto de las comunicaciones, permitiendo su levantamiento exclusivamente en supuestos legítimos, sino que la ley en sí misma ha de proporcionar al ciudadano la suficiente certeza acerca de cuál va a ser la actuación del Estado en este ámbito. Es decir, la norma debe contener los fines, de entre los que persiguen los servicios de inteligencia, que justifican su pretensión de intromisión en la intimidad.²⁴ Ahora bien, las exigencias de seguridad jurídica no impiden que esta enumeración de las finalidades legítimas se formule en un sentido genérico o amplio, pero sí lo suficientemente preciso como para permitir identificar una finalidad constitucionalmente relevante y legítima.

La previsión legal pudiera aceptarse como suficiente a tenor de las exigencias sentadas por la jurisprudencia analizada (autoridad competente, clase de medida, requisitos, plazos, identificación de sujetos, destrucción de datos), si bien presenta una carencia en cuanto a la delimitación del presupuesto habilitante, lo cual, a su vez, se trasmite también al deslinde del círculo de potenciales sujetos afectados. Pero probablemente esta falta de concreción resulta consustancial a la misma actividad de los servicios de inteligencia, en la que al no perseguir hechos delictivos, sino prevenir amenazas y riesgos, reduce notablemente las posibilidades legales de concretar más exactamente ambos extremos. Así pues, parece que debemos contentarnos con la expresión de finalidades tales como la seguridad nacional, la defensa del Estado, la prevención de acciones terroristas y de organizaciones criminales, la contrainteligencia para evitar penetraciones de servicios extranjeros, etcétera.

Garantías de la intervención. El segundo nivel de referencia está vinculado, en particular, al efectivo control judicial. En efecto, partimos de la exigencia constitucional de una *preceptiva y previa intervención judicial* a la interceptación. Pero si la exigencia constitucional en el modelo español llega sólo a la

autorización judicial previa, parece claro que la LO 2/2002 lo cumple satisfactoriamente. Y lo hace porque establece un modelo de *juez ad hoc*, que tanto por razón de la materia –intromisiones que no pretenden la averiguación de delitos– como por razón del sujeto –pretensiones a instancia de los servicios de inteligencia– tiene atribuidas las competencias. Pero, en cualquier caso, aunque resulte discutible el sistema o, cuanto menos, mejorable, se trata de un magistrado integrante del Poder Judicial.

Por tanto, la cuestión es evaluar si con ella existe un control judicial suficiente, y si este control posterior debe extenderse a las actividades de los servicios de inteligencia. De nuevo hay que insistir en que su finalidad no es la averiguación e investigación de delitos propia del proceso penal, sino la investigación preventiva y prospectiva.²⁵

Para avanzar en esta dirección, es oportuno recordar la esencial diferenciación efectuada por la STC 121/1998, de 15 de junio, en la que se distinguen los requisitos del control judicial en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones; y de otra parte, el control judicial en relación con las garantías de incorporación de los resultados de la interceptación al proceso penal, esto es, las garantías y derechos contenidos en el art. 24 CE, en especial la presunción de inocencia y el derecho de defensa. Aceptando esta diferenciación, parece claro que sólo las primeras son susceptibles de aplicación a las intromisiones practicadas por los servicios de inteligencia, pero no las segundas, en la medida que su finalidad no persigue la incorporación al proceso penal.

Así pues, la autorización judicial previa contenida en la LO 2/2002 deberá aplicar los requisitos explicitados por la jurisprudencia europea y española citada en relación con el primer nivel de control, y en particular tendrá que abarcar el siguiente contenido. Principio de proporcionalidad estricta, que exige que la práctica de esta medida debe limitarse a las que se hallen dirigidas a un fin constitucionalmente legítimo. Pero, además, justificar que no exista otro medio menos gravoso y por tanto que el sacrificio del Derecho resulta estrictamente necesario para conseguirlo y

²⁴ Sánchez Yllera, “Escuchas telefónicas y CESID”, Madrid, inédito, 1999.

²⁵ A este respecto cabe recordar que aunque jurisprudencia y doctrina rechazan de plano la validez de las escuchas “preventivas”, exploratorias o de prospección, lo hacen cuando su finalidad es la búsqueda indeterminada de algún hecho delictivo. En cualquier caso, véase la STC 85/1994 sobre la captación de listados de llamadas. Cfr. igualmente Aranda Álvarez, “El marco constitucional de los servicios de inteligencia”, en Esteban Navarro M.A. y Navarro Bonilla, D. (coords.), *Gestión del conocimiento y servicios de inteligencia*, Madrid, 2004.

Intromisión en la intimidad y Centro Nacional de Inteligencia. Crítica al modelo español

que sea proporcionado a ese sacrificio. De igual manera, habrá de motivar suficientemente la intervención recogiendo los anteriores extremos. Por último, la constatación de datos fácticos e indicios, es decir, algo más que sospechas, conjeturas o meras suposiciones, debe modularse en atención de las finalidades perseguidas, que no son en este caso la averiguación de hechos criminales.²⁶

Si se admite que la regulación contenida en la LO 2/2003 satisface el mínimo constitucionalmente exigible, consistente en un efectivo control judicial previo, la cuestión se reduce ya en determinar si éste es suficiente, esto es, si el resto de requisitos requeridos por la jurisprudencia son imprescindibles. Este segundo nivel de evaluación se proyecta principalmente sobre tres extremos: control judicial durante *el mantenimiento de la medida*,²⁷ necesidad de intervención del Ministerio Público, y derecho de los afectados al conocimiento posterior de la intervención. Porque, como ya se ha expuesto, ninguna de estas exigencias se contempla en la legislación española.

Las polémicas y soluciones aplicadas en otros ordenamientos de nuestro entorno quizás pueda ayudar a despejar estas incógnitas.²⁸ Muy sucintamente, haré mención a la interesante experiencia alemana, precisamente en razón de las actividades de las agencias de inteligencia en esta materia. El debate comenzó con las previsiones contenidas en la ley de 24 de junio de 1968 de reforma de la Ley Fundamental en su art. 10, y su desarrollo posterior en la ley de 13 de agosto del mismo año, cuestionada constitucionalmente, en lo que aquí interesa, por tres causas: exclusión del control judicial; falta de comunicación a los afectados; y lesión del derecho al secreto de las comunicaciones al no existir criterios de proporcionalidad. El Tribunal Constitucional alemán, en su sentencia de 15 de diciembre de 1970, avaló la constitucionalidad de esta normativa al considerar suficiente el control parlamentario posterior, por cuanto exigía requisitos similares a los de un órgano jurisdiccional. No obstante, se formularon tres votos particulares en los que se discrepaba de la opinión mayoritaria, estimando lesionado el principio de separación de poderes al

ignorar el control judicial y porque las actuaciones podían afectar no sólo a enemigos del Estado sino también a personas no sospechosas y a terceros no intervinientes.²⁹

Sin embargo, varios ciudadanos afectados por la aplicación de esta ley recurrieron ante el TEDH, dando lugar a la ya citada STEDH de 6 de septiembre de 1978 (caso *Klass y otros contra Alemania*), que desestimó el recurso considerando no infringidos los arts. 6, 8 y 13 del Convenio. No obstante, resulta pertinente reseñar algunos de sus pronunciamientos. Por ejemplo, al destacar que

las injerencias del Poder Ejecutivo en los derechos individuales han de quedar sometidas a un control eficaz, que debe normalmente asegurar, al menos como último recurso, el Poder Judicial, pues ofrece las mejores garantías de independencia, imparcialidad y regularidad en el procedimiento.

De acuerdo con su doctrina, se sostiene que es preferible el control judicial a otros de naturaleza administrativa o política, pero donde verdaderamente se muestra exigente es, como ya hemos comprobado, en la calidad de la previsión legal.³⁰

La trascendencia de la citada resolución, justamente en el ámbito que nos ocupa, obliga a detenernos en sus pronunciamientos. Así, siempre en relación con el sistema alemán, en el que se excluía completamente al Poder Judicial, atribuyendo el control a una comisión parlamentaria y a la llamada Comisión G-10, de naturaleza político-administrativa, se declara que:

El Tribunal considera en principio deseable que el control sea confiado a un juez en un campo donde los abusos son potencialmente propiciados en casos individuales y podrían entrañar consecuencias perjudiciales para la sociedad democrática en su conjunto.

El Tribunal constata, vista la naturaleza del control y de las otras salvaguardas previstas por la G-10, que la exclusión del control judicial no transgrede los límites que han de predominar necesariamente en una sociedad democrática. El Comité de cinco parlamentarios y la

²⁶ Por todas, véase STC 49/1999, de 5 de abril.

²⁷ Cfr., entre otras, las SSTC 166/1999; y 171/1999; el ATS de 18 junio de 1992 (caso *Naseiro*), y las SSTS 1758/1999 y 1813/2000.

²⁸ Extensamente en Ruiz Miguel, C., *Servicios de inteligencia y seguridad del Estado constitucional*, Tecnos, Madrid, 2002.

²⁹ Ampliamente, Pérez Villalobos, M.C., *Derechos fundamentales y servicios de inteligencia*, Granada, 2002, pp. 108 y s.

³⁰ La polémica continuó en Alemania a raíz del llamado caso *Traube*, que volvió a provocar una nueva reforma constitucional en 1998, esta vez de su art. 13, relativo a los controles, a las medidas de instalación, de mecanismos de escucha y grabación en domicilios.

Comisión G-10 son independientes de las autoridades que desarrollan la vigilancia, están investidas de poderes y atribuciones suficientes para ejercer un control eficaz y permanente.

Como se puede observar, el TEDH convalida el modelo alemán, porque aunque excluye absolutamente al Poder Judicial de un control previo a la intromisión en la intimidad, considera salvaguardado el Convenio, al articularse otros mecanismos externos pero equivalentes al control judicial. Por consiguiente, en este punto, el procedimiento español de autorización judicial previo resulta más fiel a las garantías exigidas en el Convenio.

Otro extremo capital es el relativo al “control *a posteriori*” de la medida practicada. Aquí entran en consideración varios elementos. De una parte, se plantea la necesidad de un control judicial con participación del individuo afectado, lo que crearía la obligación de notificación posterior, tras el cese de la medida de vigilancia, si no ha sido informado previamente, para garantizar la expectativa de imposición de un recurso ante los tribunales (indefensión y tutela judicial efectiva). Pero desde otra perspectiva, se alega la posibilidad de otros mecanismos de control alternativos *a posteriori*, la existencia de los medios de jurídicos de impugnación genéricos; y que la eficacia misma de la vigilancia exige, tanto al final como al principio, que las informaciones obtenidas no sean divulgadas si la finalidad perseguida en la investigación pudiera ser contrarrestada.

El conflicto arriba planteado es resuelto en la citada resolución en los siguientes términos, que por su importancia, transcribo literalmente:

La actividad o el peligro que un conjunto de medidas de vigilancia tienden a combatir puede subsistir durante años, quizá decenios, antes de su cese. Una notificación posterior a cada individuo afectado por una medida más tarde podría comprometer a largo plazo el objetivo que motiva en un principio la vigilancia. Por otra parte, el Tribunal Constitucional Federal lo ha señalado correctamente, esta notificación correría el riesgo de contribuir a revelar los métodos de trabajo de los servicios de información, sus campos de observación e, incluso, la identidad de sus agentes. Desde el punto de vista del Tribunal, aunque la “injerencia” resultante de la legislación discutida se justifique en principio de acuerdo con el artículo 8.2 (apartado 48 *supra*), no podría ser incompatible con

esta disposición de no informar al interesado en casos de la vigilancia, pues es precisamente esta abstención la que asegura la eficacia de la “injerencia”. Conviene, por otra parte, decir que en virtud de la Sentencia de 15 de diciembre de 1970 del Tribunal Constitucional Federal, el interesado debe ser informado tras el cese de las medidas de vigilancia siempre que la notificación pueda hacerse sin comprometer la finalidad de la restricción (apartados 11 y 19 *supra*).

59. De una manera general, y a propósito del problema de la notificación posterior, los demandantes han invocado constantemente el peligro de abuso para fundamentar su tesis según la cual la legislación impugnada por ellos no responde a las exigencias del artículo 8.2 del Convenio. Aunque no se pueda nunca, cualquiera que sea el sistema, excluir completamente la eventualidad de la acción irregular de un funcionario deshonesto, negligente o con demasiado celo, son la probabilidad de una acción como esa y las garantías establecidas para protegerse contra ella, las que importan a los fines de control del Tribunal en este caso.

El Tribunal ha examinado más arriba (apartados 51-58 *supra*) la legislación incriminada a la luz, entre otras, de estas consideraciones. Subraya, en particular, que la G-10 contiene diversas cláusulas destinadas a limitar a un mínimo inevitable el efecto de las medidas de vigilancia y asegurar que aquéllas sean ejecutadas con plena conformidad a la ley. En ausencia de prueba o indicio que demuestre que la práctica realmente seguida fue diferente, el Tribunal debe presumir que en la sociedad democrática de la República Federal de Alemania las autoridades competentes aplican correctamente la legislación en causa.

De acuerdo con la Comisión, **el Tribunal juzga inherente al sistema del Convenio una cierta forma de conciliación entre los imperativos de la defensa de la sociedad democrática y aquellos otros de la salvaguarda de los derechos individuales** (cf., *mutatis mutandis*, la Sentencia de 23 julio de 1968 en el asunto “Lingüístico belga”, serie A, núm. 6, p. 32, ap. 5). Así lo declara el preámbulo del Convenio, “el mantenimiento (de las libertades fundamentales) reposa esencialmente en un régimen político verdaderamente democrático, por una parte, y, por otra, invocan una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos que (los Estados contratantes) invocan”. En el contexto del artículo 8 esto significa que **hay que buscar un equilibrio entre el ejercicio por el individuo del derecho que le garantiza el párrafo 1 y la necesidad, según el párrafo 2,**

Intromisión en la intimidad y Centro Nacional de Inteligencia. Crítica al modelo español

de imponer una vigilancia secreta para proteger a la sociedad democrática en su conjunto.

La claridad del texto exonera de cualquier comentario. Lo determinante en nuestro caso es si la legislación española también satisface esa mínima exigencia de equilibrio entre los intereses en conflicto. A mi juicio los criterios decisivos son, a tenor de esta resolución, los siguientes:

a) que la finalidad de defensa de la seguridad nacional justifica que *no siempre* existirá la obligación de comunicar al afectado que ha sido objeto de investigación, teniendo que modularse esta decisión conforme a la eficacia misma del objetivo perseguido, junto a la intención de evitar desvelar métodos, fuentes e identidades de inteligencia (que los fines que justifican la autorización de la interceptación corren un serio peligro mediante la notificación);

b) que el ordenamiento jurídico español contempla mecanismos eficaces de control judicial, y en este sentido es obvio que no hay áreas *per se* excluidas de investigación judicial por la presunta comisión de hechos delictivos, y además, porque existen otros instrumentos de tutela jurídica a través del proceso civil y del recurso de amparo;³¹

c) que también el Derecho español prevé instrumentos de control externo de la actividad desplegada por los servicios de inteligencia, tanto por parte del propio gobierno³² como a través del Congreso de los Diputados.³³ Y en este sentido, la sentencia citada vuelve a reiterar que: “En opinión del Tribunal, la ‘instancia’ de la que habla el artículo 13 puede no ser obligatoriamente, en todos los casos, una institución judicial en sentimiento estricto”. De suerte que, conforme a la doctrina del TEDH, lo definitivo es que el afectado disponga, contra las eventuales vulneraciones de sus derechos, de varios posibles recursos e instancias de revisión.

Después de las anteriores consideraciones, no parece posible afirmar categóricamente que la LO 2/2003 es inconstitucional ni que viola el Convenio

Europeo de Derechos Humanos. Incluso podría sostenerse lo contrario, es decir, que goza de una apariencia de legitimidad. Pero ello no impide, en cualquier caso, formular una serie de dudas, interrogantes y observaciones.

Sobre la conservación, acceso y destrucción del material interceptado, se ciernen ciertas dudas en el procedimiento diseñado para su custodia, así como respecto a la autoridad competente para decidirlo, y el eventual acceso de los afectados y su posible revisión por órganos externos. Estrechamente unido a lo anterior, surge la duda acerca del mantenimiento, acceso y destrucción del expediente judicial que autoriza o deniega la intervención.

En segundo lugar aparece el dilema de si lo que se llega a conocer mediante la interceptación de las comunicaciones es constitutivo de delito, de lo cual existirá obligación de destruirlo siempre y en todo caso con prohibición absoluta de usarlo procesalmente, o por el contrario subsisten supuestos, y entonces determinar cuáles, en los que habrán de ponerse en conocimiento de la autoridad competente para iniciar un procedimiento criminal. Resulta obvio que mientras los datos sean útiles a los fines de actuación de los servicios de inteligencia, no deberán transferirse, pero la duda subsiste cuando dejen de ser LO.

Aunque esta cuestión no determine, en mi opinión, la inconstitucionalidad de la LO 2/2002, no acabo de entender la razón para excluir la intervención del Ministerio Fiscal, tanto a la vista de su función constitucional (art. 124.1º CE) como por el régimen contenido en su Estatuto.

Por último, me suscita alguna duda la función que va a desarrollar el magistrado competente para autorizar previamente las medidas de intervención, en concreto si su actuación ha de guiarse por la *lógica de la legalidad* (“seguir una regla”), que es la propia de un juez; o en atención a la especial materia enjuiciada, esto es, decisiones atinentes a la seguridad nacional –que constituyen las finalidades del servicio de inteligencia y que justifican la adopción de la

³¹ En torno a esta posibilidad puede consultarse González Cussac, J.L., “El secreto de Estado en el proceso penal: entre la denegación de auxilio y el delito de revelación”, *Inteligencia y Seguridad: Revista de Análisis y Prospectiva*, núm. 12, 2012, pp. 141 y ss.

³² Véanse al respecto las competencias y funciones de la Comisión Delegada de Inteligencia del Estado (art. 6, Ley 11/2002).

³³ Además de la competencia universal que la Ley Fundamental otorga a las Cortes Generales para conocer de los asuntos gestionados por el Gobierno y la Administración (art. 66.1º CE), el art. 11 de la Ley 11/2002 se refiere a la “Comisión de Secretos Oficiales” conforme a la designación contenida en la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados de 2 de junio de 1992. De interés también, los arts. 109, 110 y 111 CE, el art. 7 del Reglamento del Congreso y el art. 25 del Reglamento del Senado. En relación con esta cuestión y su adecuación al art. 23.2º CE, véase la STC 161/188.

medida—, deberán guiarse por la *lógica de análisis de las consecuencias* (necesidad y oportunidad). Si la respuesta es la segunda, bien en su sentido estricto, o bien entendida como un uso complementario a la *lógica de la legalidad*, el problema es que entonces el magistrado pierde hasta cierto punto su legitimidad constitucional, es decir, su actuación como juez, y a la vez aparece como una persona escasamente preparada técnicamente para esa clase de decisiones y carente de competencias jurídicas en materia de seguridad y defensa nacional.³⁴

El sistema diseñado, no muy diferente de otros modelos europeos e incluso formalmente más garantista, comporta el pago de un alto precio a costa del derecho a la intimidad en favor de nuestra seguridad, tanto en cuanto a *qué somos* (el Estado español enmarcado en una comunidad internacional) como en cuanto a *cómo somos* (un Estado democrático de Derecho).³⁵ Posiblemente no haya más remedio que satisfacer este precio, pero ello no nos debe hacer olvidar ni desatender la natural e imprescindible desconfianza del ciudadano acerca del ejercicio de cualquier poder público y de sus recurrentes abusos.

5. Conclusiones

La primera conclusión es elemental: el secreto de las comunicaciones es un derecho fundamental que coexiste en un sistema de derechos fundamentales y otros intereses legítimos del Estado. Por consiguiente, cualquier limitación a este derecho pretendida por el Estado debe reunir tres requisitos, conforme a jurisprudencia constante tanto española como europea: estar dirigida a satisfacer una finalidad legítima; debe hallarse prevista en la ley, y ha de ser necesaria en un Es-

tado democrático de Derecho. A estas tres exigencias nuestro texto constitucional añade la garantía judicial.

La segunda conclusión a la que podríamos llegar en relación con la materia analizada en este trabajo es que la LO 2/2002 establece, como su propio nombre indica, un control judicial previo, pero no un control judicial efectivo de las actuaciones del Centro Nacional de Inteligencia, que afecten los derechos fundamentales promulgados en los apartados 2 y 3 del artículo 18 de la Constitución Española.³⁶ En este sentido, no pueden obviarse las severas dificultades existentes para un efectivo control judicial de la información oficialmente clasificada, lo que desde luego no es una excepción del sistema español.³⁷

La tercera conclusión es que tampoco en este ámbito existe, en el ordenamiento jurídico español, regulación legal acerca de la intromisión en el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), que, como tiene reconocida la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, goza de autonomía respecto de los derechos contenidos en los siguientes apartados del citado precepto (STC 119/2001 FJ 6). Por tanto, no existe procedimiento legal sobre prácticas de seguimiento a personas, cruce de datos informáticos, instalación de microcámaras o micrófonos en oficinas, domicilios o vehículos, etc.³⁸ La misma carencia, parcialmente en este caso, se percibe en relación con el derecho a la “intimidad y libertad informática” (art. 18.4º CE), por cuanto parece desprenderse del art. 5.1º Ley 11/2002, que los datos obrantes en el CNI son materia clasificada y por consiguiente pudiera derivarse que están *relativamente* exentos de todos los controles fijados en la LOTAD y en la LOPD. No obstante, aquí sólo puedo plantear el debate sin entrar a fondo sobre el grado de desvinculación o no sujeción a la normativa general.³⁹

³⁴ Las competencias en materia de seguridad y defensa, entre otras, están atribuidas en exclusiva al gobierno (arts. 97 y 149 CE). Por otro lado, en este debate resurge siempre, aunque aquí indirectamente, la cuestión del sometimiento o no de los “actos políticos” al control jurisdiccional. En este contexto debe verse la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 9) y la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (art. 26.5). De gran interés, la STS de 4 de abril de 1997 (Sala 3ª), en relación con el llamado asunto de los *papeles del CESID*. Consultar sobre el debate, Wilkinson Morera de la Vall, H., *Secreto de Estado y Estado de Derecho: régimen jurídico de los secretos oficiales en España*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 199 y ss.; y Varela Castro, L., “¿Secreto de Estado o secreto contra el Estado?”, *Jueces para la Democracia*, núm. 2, 1991.

³⁵ Ampliamente sobre esta cuestión, Del Águila, R., *La senda del mal. Política y razón de Estado*, Taurus, Madrid, 2000.

³⁶ Como analiza Santaella Alonso, Manuel (“El principio de sometimiento al ordenamiento jurídico en la actuación interna del CNI: derechos fundamentales vs. información clasificada”, *Diario La Ley*, núm. 7895, Sección Doctrina, 5 de julio de 2012), esta cuestión es especialmente delicada en supuestos de sanciones disciplinarias impuestas a personal al servicio del CNI. Al respecto, véase STSJ Madrid, Sala Contencioso-Administrativa (Sección 6ª), de 13 de mayo de 2013, y la ya clásica STS (Sala 3ª) de 4 de abril de 1997.

³⁷ Al respecto, es de interés el debate analizado en la STS 1094/2010, de 10 de diciembre (caso *Flores*).

³⁸ Pérez Villalobos, M.C., *Derechos fundamentales y servicios de inteligencia*, Granada, 2002, p. 98; y STS 6 de mayo de 1993.

³⁹ Cfr. Aranda Álvarez, “El marco constitucional de los servicios de inteligencia”, en Esteban Navarro, M.E., y Navarro Bonilla, D. (coords.), *Gestión del conocimiento y servicios de inteligencia* Madrid, 2004, pp. 174 y ss.

Intromisión en la intimidad y Centro Nacional de Inteligencia. Crítica al modelo español

Cobra particular relevancia la posibilidad y control de la cesión de datos personales, sobre todo en el marco de las comunicaciones electrónicas, al CNI, y las carencias de actualización legislativa en este campo.⁴⁰

En cuarto lugar, la no intervención del Ministerio Público y la inexistencia de un procedimiento para que los afectados puedan cuando menos conocer que han sido investigados por el Estado mediante técnicas invasivas de su intimidad, debe ser corregida mediante el establecimiento de un control externo, que de preferencia, debe ejercerse en sede parlamentaria, con la finalidad de evitar abusos y extralimitaciones. Ello no impide afirmar el pleno sometimiento del CNI al ordenamiento jurídico y la imposibilidad de admitir ámbitos de apoderamiento a favor de cualquier órgano administrativo que permita la restricción de derechos fundamentales a su discreción.

Bibliografía

- Aranda Álvarez, “El marco constitucional de los servicios de inteligencia”, en Esteban Navarro, M.E., y Navarro Bonilla, D. (coords.), *Gestión del conocimiento y servicios de inteligencia*, Madrid, 2004.
- Caballero Sánchez-Izquierdo, José M^a, “Supuestos particulares que pueden comprometer el derecho al secreto de las comunicaciones”, *Diario La Ley*, núm. 7573, Sección Tribuna, 21 de febrero de 2011.
- Cobo del Rosal, “Un supuesto de intervenciones telefónicas como prueba ilícitamente obtenida”, *Libro Homenaje a J. Del Rosal*, Madrid, 1993.
- Cuadrado Ruiz, “Interceptaciones telefónicas y nuevas tecnologías”, *Cuadernos Jurídicos*, 1992.
- Del Águila, R., *La senda del mal. Política y razón de Estado*, Taurus, Madrid, 2000.
- De Vicente Remesal, F.J., “Descubrimiento y revelación de secretos mediante escuchas telefónicas”, *Poder Judicial*, 1990.
- Galán Muñoz, “Ataques contra sistemas informáticos”, *Boletín Información Ministerio de Justicia*, 2006.
- Gimbernat Ordeig, “La vida de nosotros”, *Estado de Derecho y Ley Penal*, La Ley, Madrid, 2009.
- Gómez Colomer, J. L., “La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia”, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, 1998.
- González Cussac, “La conexión de antijuridicidad en la prueba prohibida”, en Gómez Colomer, J.L. (coord.), *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- _____, Larriba Hinojar, B., y Fernández Hernández, A., “Derecho”, en González Cussac, J.L. (coord.), *Inteligencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- González Cussac, J.L., “El secreto de Estado en el proceso penal: entre la denegación de auxilio y el delito de revelación”, *Inteligencia y seguridad: Revista de Análisis y Prospectiva*, núm. 12, 2012.
- González Guitián, “Algunas notas sobre la tipificación penal de las escuchas clandestinas”, *Poder Judicial* 6, 1987.
- Guisasola Lerma, “Tutela penal del secreto de las comunicaciones. Estudio particular del supuesto de interceptación ilegal de telecomunicaciones por autoridad o funcionario público”, en Carbonell Mateu, González Cussac y Orts Berenger (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- Herrero-Tejedor, *Legislación y jurisprudencia constitucional sobre la vida privada y la libertad de expresión*, Madrid, 1998.
- Jiménez Campos, “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *Comentarios a la legislación penal*, t. VII, Edersa, Madrid, 1986.
- López Ortega, “La intimidad como bien jurídico protegido”, *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial)*, CGPJ, Madrid, 1996.
- López Ortega, “Intimidad informática y Derecho penal (la protección penal de la intimidad frente a las nuevas tecnologías de la información y comunicación)”, *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*, CDJ, 2004.
- Madrid Conesa, *Derecho a la intimidad informática y Estado de Derecho*, Valencia, 1984.
- Marchena Gómez, “Intimidad e informática: la protección jurisdiccional del *habeas data*”, *BIMJ*, 1996.
- Marroig Pol, L., “La seguridad nacional y el acceso a los datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas”, *Diario La Ley*, núm. 5799, Sección Doctrina, 10 de junio de 2003.

⁴⁰ Marroig Pol, L., “La seguridad nacional y el acceso a los datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas”, *Diario La Ley*, núm. 5799, Sección Doctrina, 10 de junio de 2003.

- Marsal Muntalá, J., “Seguridad versus libertad”, *Arbor: Ciencia, Pensamiento y Cultura*, núm. 709, enero de 2005, pp. 219-226 (<http://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/article/view/504/505>).
<http://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/issue/view/34>
- Martín Morales, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, 1995.
- Martínez Martínez, *Tecnologías de la información, policía y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- Mata y Martín, “La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas: intimidad y nuevas tecnologías”, *RP*, 2006.
- Morales Prats, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Madrid, 1984.
- _____, “Servicios de información y espionaje del Estado y secreto de comunicaciones telefónicas”, *Actualidad Aranzadi*, 253, 1996.
- Parejo Alfonso, L.J., “El derecho fundamental a la intimidad y sus restricciones”, *CDJ*, Madrid, 1996.
- Pérez Villalobos, M.C., *Derechos fundamentales y servicios de inteligencia*, Granada, 2002.
- Rodríguez Ruiz, B., *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, Madrid, 1998.
- Rueda Martín, M.A., *Protección penal de la intimidad personal e informática: los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2004.
- Ruiz Miguel, C., *Servicios de inteligencia y seguridad del Estado constitucional*, Tecnos, Madrid, 2002.
- _____, “Problemas actuales del derecho de los servicios de inteligencia”, *Inteligencia y Seguridad. Revista de Análisis y Prospectiva*, núm. 2, junio de 2007.
- Sánchez Barrilao, J.F., “Prevención e inteligencia: Centro Nacional de Inteligencia y comunidad de inteligencia ante el terrorismo, la criminalidad organizada y la inmigración ilegal”, *Revista Ejército de Tierra Español*, núm. 846, septiembre de 2011.
- Sánchez Yllera, I., *Escuchas telefónicas y CESID (algunas cuestiones, a bote pronto sobre el Proyecto de Ley)*, Madrid, inédito, 1999.
- Santaella Alonso, Manuel, “El principio de sometimiento al ordenamiento jurídico en la actuación interna del CNI: derechos fundamentales vs. información clasificada”, *Diario La Ley*, núm. 7895, Sección Doctrina, 5 de julio de 2012.
- Soto Nieto, F., “La motivación, la proporcionalidad y el control en las intervenciones telefónicas”, *La Ley*, 1995.
- Varela Castro, L., “¿Secreto de Estado o secreto contra el Estado?”, *revista Jueces para la Democracia*, núm. 2, 1991.
- VV.AA., “Acceso judicial a la obtención de datos”, núm. 25, *CDJ*, 1997.
- Vives Antón, T.S., *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- _____, “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, *Poder Judicial*, núm. especial II, 1998.
- Wilkinson Morera de la Vall, H., *Secreto de Estado y Estado de Derecho: régimen jurídico de los secretos oficiales en España*, Atelier, Barcelona, 2006.

La pertinencia del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España y valoración de la constitucionalidad y legalidad del modelo establecido

Juan José González Rus

Universidad de Córdoba (España)

RESUMEN: La LO 1/2015, que reforma el Código Penal español, consolida la (discutible) decisión político-criminal de sancionar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, pasando del modelo “vicarial”, que se había configurado en 2010, a otro de “culpabilidad de empresa”. De esta forma, las dudas sobre la constitucionalidad del primero (que puede ser tachado de “responsabilidad por hecho ajeno”) se ven sustituidas por los problemas de abierta incompatibilidad que surgen entre las categorías en que se fundamenta legalmente la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los conceptos centrales de una teoría jurídica del delito construida en el Código Penal español sobre la base exclusiva del comportamiento humano. Ello, hasta el punto de hacer posible afirmar que hoy, Código en mano, es posible imponer una pena a las personas jurídicas.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad penal de las personas jurídicas, responsabilidad penal de la empresa, criminalidad de empresa, modelos de organización y gestión, capacidad de acción, capacidad de culpabilidad.

ABSTRACT: The LO 1/2015, that reforms the Spanish Criminal Law, strengthen the (polemic) political-criminal decision of impose penalties on criminal liability of legal entities, turning the “vicarial” model (configured in 2010) into a “corporate guilt”. In this way, the doubts about constitutionality of the first (that can be label like vicarial responsibility) are replaced by incompatibly problems between the categories in which the criminal liability of legal entities are founded and the main concepts of legal theory of crime contents in the Spanish Criminal Law on the exclusive base of human behavior. At this point, it is possible to sustain today, with Criminal Law on hand that is possible to impose penalties on legal entities.

KEY WORDS: Criminal liability of legal entities, corporate criminal liability, corporate crime, organization and management models, capacity for action, guilt capacity.

SUMARIO: I. La reforma del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas. II. La pretendida necesidad de reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas como única vía para afrontar la criminalidad de empresa. III. Modelo sancionado en el artículo 31 bis introducido por la LO 5/2010. IV. Modelo sancionado en la reforma de la LO 1/2015. V. Dificultades que presenta el establecimiento de un modelo de responsabilidad de empresa en la dogmática y teoría jurídica del delito que sustenta el Código Penal español.

La pertinencia del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España

I. La reforma del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas

Apenas año y medio después de que entrara en vigor la LO 5/2010, del 22 junio, —que vino a sancionar en el Derecho español el principio *societas delinquere potest*—, se inició el proceso de reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas,¹ que ha culminado la LO 1/2015, de 30 de marzo,² y en el que se introducen sustanciales reformas en la regulación de tan crucial asunto. Como ya es tradición, tal revisión se incluye dentro de una (otra) profunda reconsideración de aspectos centrales del Código Penal de 1995 (en lo sucesivo, CPE), del que, la verdad, ya queda poco en pie, arrollado por el punitivismo histórico que alimenta las reformas penales españolas de los últimos años.

Pero, ¿por qué habría de ser necesario reformar una regulación tan reciente y, hasta donde alcanzo a conocer, todavía no aplicada por los tribunales? ¿Es

que no ha cumplido los objetivos que se perseguían con ella? ¿O acaso es que en tan poco tiempo han cambiado los objetivos?

El Preámbulo de la LO 1/2015 dice que lo que se introduce es una “mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas... con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del ‘debido control’, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal”. “Con ello —añade— se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial” (*cf.* p. 27063).

Es decir: lo que el Preámbulo legal afirma es que la reforma tenía la necesidad de solventar las dudas interpretativas plateadas por “algunos sectores” al pretender, obviamente sin fundamento alguno —y vaya usted a saber con qué intención—, que el art. 31 bis CPE (LO 5/2010)³ sancionaba un régimen de responsabilidad vicarial. Al tratarse de una simple acla-

¹ Mediante el Proyecto de Ley 121/000065, de 4 de octubre de 2013. Véase *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie A: PROYECTOS DE LEY, 4 de octubre de 2013, Núm. 66-1, Proyecto de Ley 121/000065. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

² LO 1/2015, en lo sucesivo. Véase *Boletín Oficial del Estado*, núm. 77, de 31 de marzo de 2015, Sec. I, pp. 27061 y ss. La ley prevé la entrada en vigor el 1º de julio de 2015.

³ Artículo 31 bis, conforme a la redacción de la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal (que es el texto que ahora se modifica por la LO 1/2015; véase *infra*, notas 9 a 14):

“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho”.

“En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso”.

“2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.”

“3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente”.

“4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
- Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
- Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”.

“5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los organismos reguladores, las agencias y entidades públicas empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”.

ración de dudas interpretativas, la idea que subyace a ello es, pues, que el régimen legal que se configura con esta última reforma de 2015 no supone cambio de modelo alguno, sino que, por el contrario, constituye la simple consolidación del anterior, que se vería ratificado y clarificado.

A mi juicio, sin embargo, ello no es así. Y esto es lo que trataré de demostrar en las páginas que siguen.

Por el contrario, la LO 1/2015 consolida en definitiva el modelo de “responsabilidad de empresa”, que tal vez tenían *in mente* quienes animaron e inspiraron la introducción en 2010 de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero que el artículo 31 bis del CP español en absoluto sancionó. A mi parecer, el problema real que pretende solventarse con la nueva modificación legal es acabar con la confusión creada por “algunos sectores” —por utilizar la referencia del Preámbulo— que —confundiéndola la realidad con los

deseos— han patrocinado durante este tiempo la interesada idea de que las empresas y corporaciones que se dotaran de programas de cumplimiento corporativo y de organización y control de riesgos (*compliance programs*), completos y elaborados por equipos profesionales de solvencia, quedaban a salvo de la responsabilidad penal que se incorporaba al CPE. El problema real (la confusión a la que alude el Preámbulo de la LO 1/2015) ha sido que la regulación de 2010 no daba respaldo a esa idea, lo que ha generado el desconcierto de quienes se habían apresurado a dotarse de tales programas, bajo una certidumbre de impunidad que en modo alguno garantizaba la redacción del art. 31 bis del CPE, que ahora se reforma por la LO 1/2015.

La aparición del art. 31 bis ha centrado en la interpretación del mismo el debate doctrinal suscitado a partir de 2010,⁴ relegando al olvido la discusión en

⁴ Por tratarse de una reflexión general, no incluiré citas y opiniones detalladas y concretas de quienes en estos últimos años se han ocupado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tal como la sancionó la LO 5/2010. La producción doctrinal ha sido abundante y de gran calidad, tanto en monografías y trabajos individuales como en las interesantes obras colectivas aparecidas y a las que se hace aquí una remisión general, sin especificación de trabajos concretos. Por mi parte, para las reflexiones que siguen he utilizado los siguientes trabajos: Palma Herrera, J.M. (dir.), González Tapia, M.I. (coord.), *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, Madrid, 2014. Arroyo Zapatero y Nieto Martín (dirs.), *El Derecho penal económico en la era compliance*, Valencia, 2013. Bacigalupo Zapatero, E., “La prevención de la responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y los programas de compliance”, *Compliance y Derecho penal*, Pamplona, 2011. Bajo Fernández, Feijoo Sánchez y Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Pamplona, 2012. Banacloche Palao, J., Zarzalejos Nieto, Jesús, y Gómez-Jara Díez, Carlos, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales”, *Diario La Ley*, Madrid, 2011. Carbonell Mateu, J.C., “Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Tirant on Line, 2009, TOL1.568.028. De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, *Revista electrónica de la AIDP*, 2011, A-05. De la Mata Barranco, N.J., Bilbao y Algorta, “La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo”, *La Ley Penal*, núm. 87, noviembre de 2011. Del Rosal Blasco, B., “La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, nº 1, del Código Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 103, 2011. Díaz Gómez, Andrés, “El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-08, 2011. Díez Ripollés, J.L., “La responsabilidad penal de la persona jurídica. Regulación española”, *In Dret. Revista para el Análisis del Derecho*, 1/2012, p. 2. Dopico Gómez-Aller (dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, Valencia, 2012. Gómez Tomillo, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Valladolid, 2011. González Rus, J.J., “La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV., *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, cit., pp. 19 y ss. Gómez-Jara Díez, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Buenos Aires, 2010. González Tapia, M.I., “Las consecuencias accesorias del artículo 129: la nueva responsabilidad penal de los entes sin personalidad jurídica”, en AA.VV., *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, op. cit., pp. 44 y ss. Dopico Gómez-Aller, J. (dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, Valencia, 2012. Mazzacava, F., “Funciones y requisitos del modelo organizativo en el ordenamiento jurídico italiano: el problema del juicio de adecuación”, en AA.VV., *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, op. cit., pp. 69 y ss. Morillas Cueva, L., “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Anales de Derecho*, núm. 29, 2011 (<http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho>). Morillas Fernández, “El sistema de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV., *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, op. cit., pp. 89 y ss. Nieto Martín, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008. Robles Planas, R., “Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis del Código Penal”, *Diario La Ley*, 7705, 29 de septiembre de 2011. Rodríguez Mourullo, G., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los principios básicos del sistema”, *Abogados*, núm. 62, septiembre de 2010. Silva Sánchez y Montaner Fernández, *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, 2013. Ochoa Romero, R., “La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho penal mexicano. Especial referencia a su regulación en el Código Penal federal y en el Código Penal para el Distrito Federal”, en AA.VV., *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, op. cit., pp. 114 y ss. Palma Herrera, J.M., “El papel de los *compliance* en un modelo vicarial de responsabilidad penal de la persona jurídica”, en AA.VV., *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, op. cit., pp. 158 y ss. Urruela Mora, A., “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectiva de *lege lata*”,

La pertinencia del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España

torno a la necesidad y conveniencia de introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en un Código, como el español, construido evidentemente, “de la A a la Z”, para castigar comportamientos humanos. La lógica que se ha seguido aquí también ha sido la de: “Bien, como ya está hecho, interpretemos el Código de la manera menos dañina posible”; lo que ha supuesto dar carta de naturaleza a una decisión político-criminal que, a mi juicio, sigue siendo tan cuestionable como el primer día.

II. La pretendida necesidad de reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas como única vía eficaz para afrontar la criminalidad de empresa

Las razones fundamentales que se dieron en su día (antes de la LO 5/2010) para justificar la necesidad de reconocer la responsabilidad penal de la persona jurídica fueron básicamente dos: la necesidad de superar las dificultades que presenta la depuración de responsabilidades penales de representantes y directivos de corporaciones y empresas, y la intención de incrementar la represión de la criminalidad de empresa, dado el escaso efecto preventivo que tiene la responsabilidad individual. Por mi parte, estimo que ninguna de esas razones justificaba tal reconocimiento.

El argumento que se utilizó profusamente para justificar la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el cual se afirmaba que la estructura societaria constituía un impedimento para la identificación, imputación y, en su caso, condena, de las personas físicas responsables de las conductas delictivas, y de que, a menudo, las responsabilidades atribuibles a tales sujetos quedaban diluidas o difuminadas como consecuencia de su inserción en la estructura societaria, ha sido desmentido, a mi juicio, por la realidad.

Basta con ver la producción jurisprudencial española de los últimos años sobre criminalidad económica —referida a hechos anteriores a la LO 5/2010— para comprobar que, aun sin poder penar entonces a las personas jurídicas, nuestros tribunales han encontrado pocos obstáculos para condenar contundentemente a quienes han considerado necesario. Por el contrario, la jurisprudencia española reciente

en materia de delincuencia económica no ha encontrado grandes problemas para identificar y condenar a las personas físicas que, como administradores de Derecho o de hecho, actuaron en nombre y por cuenta de una persona jurídica. La prueba de indicios, la responsabilidad por omisión, una generosa aplicación de los concursos delictivos y, eventualmente, la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa, y, en menor grado, las medidas del artículo 129 CPE y la figura del “tercero lucrativo”, han sido instrumentos más que suficientes para castigar con contundencia la criminalidad “de” y “en” la empresa; sin que se haya echado en falta (y tampoco los ciudadanos, para calmar las demandas sociales de castigo) la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El análisis de las resoluciones de los últimos años muestra, más bien, que la apreciación de responsabilidades individuales en defraudaciones contra la hacienda pública, blanqueo de capitales, concursos punibles, apropiación indebida, administración desleal, estafas, falsedades, delitos contra la ordenación del territorio, delitos contra los derechos de los trabajadores, o la participación (como inductores o cooperadores necesarios) en delitos asociados a la corrupción política que a menudo acompaña a la económica (cohecho, prevaricación, tráfico de influencias, falsedades, malversación de caudales públicos, fraude a la administración, etc.), se ha resuelto con bastante solvencia por juzgados y tribunales con la responsabilidad por omisión y con la prueba de indicios. En los últimos años, en sentencias sobre hechos anteriores a la entrada en vigor de la LO 5/2010 (que supuso la introducción en el Código Penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas), la verdad, yo no he visto que los tribunales se lamenten de las dificultades que presenta la imputación de representantes y directivos de sociedades. De hecho, si algo podría destacarse es que se ha operado con gran generosidad a la hora de extender el círculo de los condenados (véase, por ejemplo, en los delitos contra la libertad y seguridad del trabajo). Y consideraciones semejantes pueden hacerse respecto de los delitos de pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos, que eran las áreas delictivas a las que se

Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXII, 2012. Zugaldía Espinar, J.M., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, Valencia, 2013. Zúñiga Rodríguez, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Pamplona, 2009.

refería el Preámbulo de la LO 5/2010 para justificar la necesidad de introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Tampoco se acierta, a mi juicio, cuando se alerta sobre la insuficiente eficacia preventiva que se derivaría de centrar la responsabilidad penal por la criminalidad de empresa en el castigo de representantes y directivos. Por el contrario, en relación con la represión de la corrupción económica o política, lo que la sociedad demanda inequívocamente es el incremento de las penas que se imponen a las personas físicas responsables de la misma y la recuperación de los beneficios ilícitamente obtenidos o la reparación de los perjuicios causados. Seriamente, nadie puede decir que si los ciudadanos —justificada o injustificadamente— piden mayor represión penal para la criminalidad económica o para la corrupción política es porque echen en falta la punición o una punición más severa de las personas jurídicas.

Este argumento justificativo de la intervención, sin embargo, se ha dado sin más por bueno, prácticamente sin debate alguno y sin plantearse si para atender esa eventual demanda social de mayor castigo no hubiera sido suficiente complementar y, sobre todo, “aplicar bien”, las “consecuencias accesorias” del antiguo artículo 129 CPE.⁵ Sobre todo, si se considera que entre las medidas aplicables a la persona jurídica conforme a dicho precepto, y las penas previstas por el vigente artículo 33.7 CPE para las mismas, las únicas novedades son el reconocimiento de la multa por cuotas o proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público o para gozar de beneficios o incentivos fiscales. Todo lo demás, se podía imponer también ya con el antiguo artículo 129 CPE. Incluso los delitos en los que cabía la posibilidad de aplicarlas eran muy semejantes a aquellos en los que se reconoce ahora la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, por consiguiente, se contempla la aplicación de las mismas medidas, sólo que con el nombre de penas. Por eso, alguien podría pensar que para el viaje que supone contar con dos consecuencias sancionadoras nuevas, y el cambio de naturaleza de las mismas, no hacía falta llenar las

alforjas con tantos y tan complicados problemas como trae el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En definitiva, unos logros insuficientes e incapaces de justificar el evidente destrozo que en las categorías dogmáticas centrales de la teoría jurídica del delito supone el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Del mismo modo, se hace difícil compartir la idea de que en el ordenamiento penal y en la jurisprudencia reciente las penas que se aplican a las personas físicas responsables de la criminalidad de empresa son insuficientes desde el punto de vista preventivo. En lo que se refiere a la persecución, es evidente que la notoria disminución de la impunidad, que ha sido habitual en este ámbito delictivo, tiene poco que ver con que se incorporase o no al Código Penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por el contrario, ello ha sido debido al incremento más que notable de recursos y de medios dedicados a la tarea investigadora e instructora por técnicos e inspectores de la administración, cuerpos policiales, órganos especializados del ministerio fiscal y jueces de instrucción, que están desarrollando una actividad inquisidora como pocas veces se ha conocido en España, y que está dando evidentes frutos (al margen de la opinión que merezca la histeria desatada en algunos momentos).

En lo relativo a la represión, salvo raras excepciones, cualquier comportamiento delictivo de naturaleza económica conlleva de ordinario la apreciación de delitos continuados y de concurrencias delictivas que incrementan significativamente las penas aplicables. Evidencia palmaria, por otra parte, de que un principio como el del bien jurídico, concebido en su origen para limitar el *ius puniendi*, se ha convertido en la práctica en el enemigo mortal del concurso de normas, en el antídoto definitivo del *ne bis in idem* y en un eficaz enzima de los concursos delictivos. Efecto sin duda favorecido por el entusiasmo con el que la doctrina busca —y naturalmente acaba encontrando— bienes jurídicos propios, y diferenciados, para cada tipo de injusto; lo que supone cerrar automáticamente la puerta del concurso de normas y abrir la del concurso de delitos. El resultado de todo ello es que se

⁵ Antes de la LO 5/2010, además de la responsabilidad penal de la persona física que actuaba como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, el artículo 129 CPE preveía la posibilidad de aplicar a la misma una serie de medidas entre las que se incluía desde la clausura provisional o definitiva de la empresa, sus locales o establecimientos, hasta la disolución de la empresa, pasando por la suspensión de sus actividades, la prohibición de realizar en el futuro actividades o negocios semejantes a aquellos que habían sido objeto de enjuiciamiento y la intervención de la empresa. En definitiva, salvo dos, las mismas que actualmente contempla el CPE como penas aplicables a las personas jurídicas.

La pertinencia del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España

multiplican las figuras delictivas capaces de concurrir en el injusto económico y que, consecuentemente, las penas aplicables son también varias, con llamativas posibilidades de concurrencia punitiva.

Las únicas lagunas de punición que realmente vino a cubrir la introducción en 2010 del artículo 31 bis CPE son, pues, las que pudieran producirse cuando no se individualizara o no pudiera dirigirse el procedimiento contra la persona física que actuó en nombre o por cuenta de la persona jurídica, y en su provecho; lo que, como ya he dicho, creo que cada vez es más ocasional y paradójicamente podría producir un efecto contrario al pretendido, en la medida en que, asegurada la posibilidad de condenar a la persona jurídica, pudiera ello servir para atemperar el interés en identificar a las personas físicas responsables de los delitos cometidos. En todo caso, se trata de una eventualidad que pudiera haberse resuelto también manteniendo la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito administrativo.

En definitiva, que, a mi juicio, ninguna de las razones que se esgrimieron para considerar imprescindible el reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas justificaba verdaderamente tal medida. Ni siquiera era cierto —y en ello coincide plenamente la doctrina— frente a lo que se afirmó en el Preámbulo de la LO 5/2010, que la introducción en el Código Penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas viniera impuesta por el cumplimiento de obligaciones foráneas, pues lo único que se reclamaba por la Unión Europea era que se estableciera un régimen de responsabilidad de las personas jurídicas, sin imponer en modo alguno la naturaleza penal del mismo. Y prueba de ello es la diversidad de soluciones legislativas que se han dado en los distintos países miembros.

Pese a todo, y —debe decirse— contando con el apoyo de un significativo sector doctrinal, prevaleció el criterio de incorporar al Código Penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que se hizo mediante la LO 5/2010, y se ve reformado ahora por la LO 1/2015, por las razones y con las consecuencias que trato de explicar a continuación.

III. Modelo sancionado en el artículo 31 bis introducido por la LO 5/2010

1. Interpretaciones doctrinales

El Preámbulo de la LO 1/2015 excluye directamente que el modelo vicarial sea el que se incorporó en

2010 en el art. 31 bis CPE. A mi juicio, sin embargo, tal afirmación es errónea, aunque es cierto que el panorama doctrinal sobre dicho precepto ofrece más discrepancias que acuerdos.

Conforme al objeto de estas consideraciones, no expondré sino lo indispensable sobre las características de los dos modelos básicos de responsabilidad penal de las personas jurídicas (“vicarial” y de “responsabilidad o culpabilidad de empresa”), y sobre sus fortalezas y debilidades, para centrarme únicamente en sí, como sugiere el Preámbulo de la LO 1/2015, la regulación legal española de 2010, que se reforma, se correspondía propiamente con el modelo de “responsabilidad de empresa”, aunque no haya querido verlo así cierta doctrina, que lo interpretó en términos de “modelo vicarial”.

Personalmente, al leer las más que interesantes reflexiones sobre el tema aparecidas en estos últimos años en España, he tenido la impresión (por repetida, ya familiar) de que en la interpretación del artículo 31 bis no se ha pretendido casi nunca “dejar hablar al precepto”, por así decir, aceptando lealmente las consecuencias que de ello se derivaran (gustaran o no), sino que lo que ha importado a la mayoría de los intérpretes ha sido ver cómo acomodarlo a las concepciones teóricas previas sobre el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas sostenidas por cada uno de ellos bien antes de su aparición, ya fuera el “modelo vicarial”, el “vicarial-mixto” o alguna de las variantes del de “culpabilidad de empresa”. Como es cada vez más habitual, ha predominado el principio que recomienda no dejar que la letra y el espíritu de la ley (que decían los clásicos) suponga problema alguno para el mantenimiento de la teoría que cada uno lleva defendiendo desde siempre; aunque una simple lectura de la prosa legal del art. 31 bis muestre lo inviable de la pretensión; detalle, obviamente de importancia menor (probablemente hasta reaccionario) para la interpretación y aplicación de la ley penal en un Estado de Derecho.

Un significativo número de autores ha entendido que el artículo 31 bis CPE, creado por la LO 5/2010, respondía a un modelo “vicarial”, conforme al cual, como es sabido, la responsabilidad penal de la persona jurídica se declara siempre que una persona física cometa un delito, en nombre y por cuenta de la sociedad, siendo ese “hecho de referencia” el único fundamento de la responsabilidad penal del ente. En el fondo, esta concepción parte de la incapacidad de

la persona jurídica para llevar a cabo injustos típicos y/o (según los casos) de su incapacidad de culpabilidad, por lo que respondería penalmente por el simple hecho de que en su seno y en su nombre y provecho se ha cometido un delito por una persona física; lo que valdría tanto para los casos de responsabilidad de directivos y representantes de la persona jurídica (art. 31 bis.1, párrafo primero) como para los delitos cometidos por los subordinados de éstos (art. 31 bis.1, párrafo segundo, CPE).

La confirmación más evidente de que el artículo 31 bis CPE recogería un modelo vicarial estaría —según los partidarios de esta idea— en que el “debido control” al que alude el precepto, debe entenderse como la omisión del específico deber personal de vigilancia que establece el tipo para los representantes legales y para los administradores de hecho o de derecho de la persona jurídica, sin que pueda verse el mismo como el incumplimiento de las previsiones de control y actuación de un previo programa de organización de la empresa. Así lo confirmaría el hecho de que no se reconoce en el artículo 31 bis CPE eficacia eximente alguna a la existencia previa de esos programas de cumplimiento.⁶ Como consecuencia, el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica no estaría en un injusto y/o una culpabilidad atribuible directamente a ella misma (por “deficiente organización” o por desenvolverse en una “cultura de incumplimiento”), sino en injustos y culpabilidades de personas físicas, que son las que fundamentan directamente y de forma automática la responsabilidad de la corporación (con los posibles problemas de inconstitucionalidad del modelo que ello puede plantear, y que apuntamos después).

Otro significativo grupo de intérpretes ha mantenido que el artículo 31 bis CPE sancionaba un modelo de “culpabilidad de empresa”, ya se entienda ésta —por citar sólo los entendimientos más mayoritarios— como existencia de una cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad, ya como culpabilidad por defecto de organización. Los argumentos más utilizados en apoyo de este entendimiento han sido que la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica se hace en el artículo con absoluta independencia

de la exigencia de responsabilidad a la persona física,⁷ y el sentido último de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas recogidas en el apartado 4. Fundamentalmente, por la circunstancia 4.d) de haber establecido la empresa, antes del comienzo del juicio oral, “medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”. Lo que se ha interpretado en el sentido de que si la adopción con posterioridad al delito de una *compliance guide* atenúa la responsabilidad de la persona jurídica, por la misma razón, la existencia de esos protocolos de actuación antes de la actuación delictiva deberán permitir la exención de la responsabilidad criminal del ente.

Finalmente, otro sector doctrinal ha apreciado en la regulación del artículo 31 bis CPE un “sistema mixto de imputación”, encontrando en él tanto elementos de responsabilidad vicarial como aspectos propios de culpabilidad de empresa. Los primeros, apreciables en el hecho de que se atribuye a la persona jurídica el comportamiento delictivo de una persona física, que cumple el papel de hecho de conexión de la responsabilidad de ambos. Los elementos de autorresponsabilidad se pondrían de manifiesto en los apartados 2 y 3 del artículo 31 bis CPE —reconociendo la posibilidad de declarar la responsabilidad penal del ente aunque no sea posible hacer lo mismo con la persona física que lleva a cabo el hecho de conexión—, y en las atenuantes del apartado 4, en particular la del supuesto d); argumentos, ambos, ya comentados.

2. Interpretación que se propone

Hasta aquí, de forma extraordinariamente abreviada y simple, el estado de la cuestión en la doctrina española. A continuación, procederé a determinar cómo se compadece —a mi juicio— esta variedad interpretativa con el artículo 31 bis CPE, *ex* LO 5/2010, como paso necesario para poder valorar la necesidad y oportunidad de la reforma de la LO 1/2015.

Para empezar, se hace necesario recordar la obviedad de que sólo puede considerarse que este precepto responde a un modelo de culpabilidad de empresa si

⁶ Véase *infra*, nota 3, artículo 31 bis.1 y 4.d). A tales programas se les reconoce sólo eficacia atenuante, cuando han sido establecidos después de cometido el delito y antes del comienzo del juicio oral.

⁷ Como probaría el hecho de que ni siquiera sea precisa su identificación ni que incurra en responsabilidad criminal para que pueda responder la persona jurídica —apartados 2 y 3 del precepto—. *Vid. infra*, nota 3.

La pertinencia del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España

se reconociera en él eficacia eximente a los programas de cumplimiento adoptados con anterioridad a la comisión del hecho delictivo. Ello depende, como ya se ha dicho, del tratamiento que reciban las causas de exención y atenuación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y de cómo se interprete la referencia al “debido control” del párrafo segundo del art. 31 bis.1 CPE.

Si el “no haberse ejercido sobre ellos el debido control” se entiende como la omisión del deber de vigilancia por parte de los representantes legales y administradores de hecho o de derecho de la persona jurídica, es evidente que el precepto se situaría muy lejos de los modelos de culpabilidad de empresa, puesto que no es un defecto de organización corporativa, sino el incumplimiento de un deber personal de control, el que sería fundamento del delito cometido. Por el contrario, el artículo 31 bis CPE recogería efectivamente un modelo de responsabilidad de empresa si esa omisión del debido control resultara consecuencia directa de su (inadecuada) forma de organización y control de los riesgos derivados de su actividad.

A mi juicio, la prosa del párrafo segundo del apartado 1 y del apartado 3 del artículo 31 bis CPE (ex LO 5/2010) es concluyente para la interpretación del “debido control”. En el primero de ellos, el fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica se basa en que los delitos cometidos por los subalternos se llevaron a cabo porque las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior no han ejercido sobre ellos el control al que estaban personalmente obligadas, atendidas las concretas circunstancias del caso. Significativo es que se utilice el verbo “ejercer”, cuyo sentido propio se refiere a acciones o facultades que incumben y se desarrollan por una persona. Igual de clara es, a mi juicio, la conclusión que se extrae del apartado 3º del mismo artículo 31 bis. En el mismo se alude a “las personas que materialmente hayan realizado los hechos” o... las... (personas físicas, obviamente) “que los hubiesen hecho posible por no haber ejercido el debido control...” Es decir: establece como antecedente del delito que se imputa a la persona jurídica el incumplimiento de sus deberes de control por parte de las personas físicas obligadas a ejercerlos. En definitiva, pues, ambos preceptos legales sitúan la omisión del debido control en el comportamiento de

personas concretas que, debiendo hacerlo, no lo han ejercido sobre sus subordinados, lo que entonces resulta difícilmente compatible con el entendimiento de que se estarían contemplando defectos estructurales de organización corporativa.

En términos parecidos se pronunció muy pronto la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011,⁸ entendiendo que en el artículo 31 bis CPE no se considera un modelo de imputación que se base en los defectos de organización o en el funcionamiento defectuoso del ente. Por el contrario, en lo que se refiere al “debido control”, lo importante, estimaba, no es la existencia de un código de autorregulación, sino acreditar que “los gestores o los órganos de gobierno de la persona jurídica han ejercido por sí o por delegación en otras personas todas las medidas exigibles para la prevención, detección y reacción ante posibles delitos”. Prueba de ello era que el estar dotada de pautas organizativas y protocolos que garanticen un adecuado funcionamiento antes de cometer el delito ni siquiera está previsto en el art. 31 bis CPE como circunstancia de atenuación. Concluyendo, en definitiva, que la existencia de normas de autorregulación de las empresas o *compliances guides* no impide que se pueda incurrir en responsabilidad penal “porque lo determinante no es si se actuó de acuerdo con la guía o si ésta era hipotética u objetivamente apta para evitar el delito, sino si procede atribuir a la persona jurídica la responsabilidad penal derivada de los delitos cometidos por su gestores, por haber tenido lugar dichas conductas ilícitas cuando los mismos actuaban en nombre, por cuenta y en provecho de la corporación”.

En todo caso, debe recordarse que los argumentos interpretativos apoyados en una consideración que se estima implícita en la regulación legal sólo son atendibles cuando tal conclusión no está expresamente desmentida por la misma norma en la que supuestamente se contendrían. Por eso, no es sostenible el criterio de quienes han visto en el art. 31 bis un modelo de “culpabilidad de empresa”, debido a que si la creación de un programa de organización y control de la empresa, establecido antes del comienzo del juicio oral, atenúa la responsabilidad criminal del ente (art. 31 bis 4.d, LO 1/2010), ello presupone implícita y necesariamente que la existencia del mismo antes

⁸ Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.

de la comisión delictiva debe excluir la responsabilidad criminal. Y no sirve tal argumento, porque lo cierto es que la única referencia legal que se hace a tales modelos es para reconocerles únicamente eficacia atenuante; por lo que el precepto donde supuestamente estaría implícita la conclusión exculpatoria, lo que verdaderamente hace es cerrar de plano cualquier lucubración sobre su eventual eficacia excluyente de la responsabilidad criminal.

A mi juicio, pues, conforme a la redacción del artículo 31 bis CPE (LO 5/2010), era obligado concluir que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se configuraba conforme al modelo “vicarial”; por más que ello le parezca ahora al Preámbulo de la LO 1/2015 la conclusión equivocada de una cierta doctrina.

Que se plasmará un modelo “vicarial”, sin embargo era un verdadero problema, pues ello significaba refrendar legalmente la responsabilidad por hecho ajeno, dado que el fundamento de la responsabilidad del ente no es otro que el delito cometido, en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por las personas físicas que la representan o la administran de hecho o de derecho, o por quienes están sometidos a la autoridad de los mismos.

Sin entrar ahora en el detalle del debate sobre la constitucionalidad de este modelo —sobradamente conocido—, baste decir que ello supone reconocer que la responsabilidad penal de la persona jurídica no se fundamenta en un injusto y en una culpabilidad propias, sino que es consecuencia necesaria de que “otro” ha realizado un delito, lo que choca frontalmente con los principios penales básicos de responsabilidad por hecho propio, culpabilidad y personalidad de las penas.

IV. Modelo sancionado en la reforma de la LO 1/2015

A tenor de lo expuesto, es claro, pues, que las dudas sobre el modelo efectivamente recogido por el artículo 31 bis CPE (LO 5/2010) no son fruto de la actitud renuente de “algunos”, como pretende el Preámbulo de la LO 1/2015, que no han querido ver lo que era evidente (que el modelo sancionado en 2010 era el de culpabilidad de empresa), sino que, por el contrario, han sido provocadas, por una parte, por la evidencia de que el artículo 31 bis CPE incorporado en ese momento respondía a un modelo vicarial, lo que genera

irreparables tachas de inconstitucionalidad y, por otra, por el empeño de ciertos sectores en ver recogido en el precepto legal un modelo de responsabilidad de empresa que éste no contempla y a cuyo supuesto amparo se patrocinó y propició una dinámica de adopción de *compliance guides* con supuesta función eximente, cuya eficacia fue pronto puesta en entredicho, con la consiguiente incertidumbre entre los destinatarios de la norma y entre los operadores jurídicos. Ésta es la duda que resultaba necesario y urgente aclarar.

La reforma, además, tenía que partir de otra evidencia: que los problemas de constitucionalidad que presenta el modelo vicarial son consustanciales al mismo y no achacables a una concreta redacción de los preceptos penales. La única forma de solventarlos era, pues, sancionando “otra forma” de fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Una forma que, obviamente, dados los antecedentes de la cuestión, no podía ser otra que la de pronunciarse inequívocamente por un modelo de “culpabilidad de empresa”, que cimiente la responsabilidad penal de la persona jurídica en un defecto de organización corporativa, lo que constituye un soporte de la pena independiente de la culpabilidad de las personas físicas que actúan en su nombre o representación. Ésta es la única forma de no configurar la responsabilidad del ente como un supuesto de culpabilidad por hecho ajeno, sino de responsabilidad directa de la persona jurídica, basada en una culpabilidad (o en un injusto y una culpabilidad, según otros autores) apreciable directamente en la persona moral; por tanto: responsabilidad por hecho propio. El problema que se planteará ahora será otro, como comentamos después: la irreconcilable colisión de las categorías utilizadas para fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas con los conceptos básicos de la teoría jurídica del delito configurada en el Código Penal español.

Como no podía ser de otra forma, la LO 1/2015 sanciona la función eximente de la responsabilidad criminal de los *compliances guides*, cumplimentados antes de la comisión del delito y ejecutados con eficacia, lo que significa basar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la existencia de un defecto de organización. Ese fundamento de la responsabilidad, y la función eximente de tales modelos de organización y gestión previos, valdría tanto para los delitos cometidos por los representantes legales o administradores de la persona jurídica como para

La pertinencia del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España

los realizados por sus subordinados, por haber incumplido aquéllos los deberes de control de sus actividades, conforme al modelo. Es decir, para los mismos supuestos que contemplaba la versión anterior del artículo 31 bis.1 CPE:⁹ delitos cometidos por lo que genéricamente podemos denominar representantes y directivos de la persona jurídica, y delitos cometidos por subordinados de los anteriores. Para cada uno de los supuestos, sin embargo, se establecen condiciones distintas para la exención o atenuación de la responsabilidad criminal del ente. El presupuesto común a ambos casos es, obviamente, que el delito cometido por las personas físicas se haya hecho en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su beneficio directo o indirecto.

Cuando se trata de delitos cometidos directamente por los representantes y directivos de la persona jurídica,¹⁰ la exención de responsabilidad se produce cuando el delito se ha cometido eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y gestión adoptados antes de la comisión del delito, que resulten idóneos para prevenir o reducir el riesgo de comisión delictiva, y cuya supervisión del funcionamiento y cumplimiento ha sido encomendado a un órgano específico de la persona jurídica, con capacidad de

funcionamiento autónomo, y que ha actuado diligentemente en el ejercicio de sus funciones de vigilancia y control.

En el supuesto segundo, cuando el delito fuere cometido por los subordinados de representantes y directivos de la persona jurídica, la exención o atenuación de la responsabilidad criminal de la sociedad se produce también si, antes de la comisión del delito, se ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo para prevenirlos o reducir significativamente el riesgo de su comisión.¹¹ Además de hacer desaparecer de la prosa legal la referencia a “medidas de vigilancia y control idóneas”, a las que se aludía antes, no se reclaman ahora entre las condiciones que debe cumplir el modelo para la exención o atenuación de la responsabilidad criminal ni la exigencia de que la supervisión del funcionamiento y cumplimiento del mismo se haya confiado a un órgano específico de la persona jurídica, con poderes autónomos, ni que el delito se haya cometido eludiendo fraudulentamente los modelos, ni que se haya carecido de un ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano encargado de tal función.

Legalmente, se especifican para ambos supuestos los requisitos que deben cumplir los modelos de orga-

⁹ Para la comparación, véase *supra* nota 3. Art. 31 bis.1, LO 1/2015: “1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las concretas circunstancias del caso”.

¹⁰ Art. 31 bis.2, LO 1/2015: “Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a efectos de atenuación de la pena”.

“3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada”.

¹¹ Art. 31 bis.4, LO 1/2015: “4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

“En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo”.

nización y gestión capaces de desempeñar la función exigente o atenuante, reclamándose desde la identificación de las actividades en cuyo desenvolvimiento pueden producirse los delitos que deben ser prevenidos hasta la verificación periódica del modelo, pasando por los procedimientos conforme a los cuales configurar la voluntad de la persona jurídica, la adopción y ejecución de sus decisiones, el control de la gestión de los recursos financieros, la información sobre los posibles riesgos e incumplimientos al órgano de vigilancia y el establecimiento de un sistema disciplinario para la violación de las medidas que establezca el modelo.¹²

Como el objeto de estas reflexiones es simplemente identificar el modelo que fundamenta la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no entraré en el detalle de las modificaciones concretas que se introducen. Señalaré sólo que la nueva redacción del artículo 31 *bis* CPE (LO 1/2015) es la prueba más convincente de que la redacción anterior no respondía a criterios de culpabilidad de empresa. El nuevo texto, configura a la existencia previa al delito de un modelo de organización y gestión como el elemento

que salva —supuestamente, como se verá— la exigencia de injusto/culpabilidad por hecho propio en la responsabilidad de las personas jurídicas; y ha creído necesario hacerlo —detalladamente, además— aun manteniendo la redacción de los apartados 2, 3 y 4 del anterior artículo 31 *bis*.

En efecto, la LO 1/2015 conserva, en los mismos términos que antes, la exigencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque no se individualice o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra la concreta persona física responsable del delito, y con independencia de que concurren en ella circunstancias que afecten a su culpabilidad o agraven su responsabilidad, hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia.¹³ Asimismo, se contempla de la misma forma la regulación de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, manteniendo su contenido y efectos, y sus condiciones de apreciación.¹⁴ Además —como ya se ha anticipado—, en congruencia con el modelo de culpabilidad de empresa que se establece, se prevé la atenuación de la pena cuando sólo se haya acreditado parcialmente el cumplimiento de las

¹² Art. 31 *bis*.5, LO 1/2015: “5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

“1º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

“2º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

“3º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

“4º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

“5º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

“6º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios”.

¹³ Nuevo artículo 31 *ter* (LO 1/2015; que se corresponde con los anteriores apartados 2 y 3): “1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

“2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente”.

¹⁴ Nuevo art. 31 *quáter* (LO 1/2015; que se corresponde con el anterior apartado 4): “Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”.

La pertinencia del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España

condiciones previstas para la exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica, en relación con los modelos de organización y gestión y con la supervisión, vigilancia y control de la aplicación de los mismos (artículo 31 bis. 2, párrafo segundo, y artículo 31 bis.4, párrafo segundo).

Como bien refleja la nueva redacción del artículo 31 bis, estas últimas previsiones no definen por sí solas la presencia de un modelo de autorresponsabilidad, sino que el elemento identificador de que se opta por un sistema de culpabilidad de empresa es que la carencia antes de la comisión delictiva de un modelo de organización y prevención de delitos pueda ser identificada como un defecto de organización (o como manifestación de una cultura de incumplimiento, si se prefiere), referible directamente a la persona jurídica; lo que, por añadidura, permite salvar las reservas de inconstitucionalidad que pueden dirigirse al modelo vicarial. El reconocimiento de la eficacia eximente (o atenuante) del modelo previo es la consecuencia necesaria de ese presupuesto, sirviendo su existencia y observancia para entender que la comisión del delito realizado por directivos, administradores o subalternos no se debe a circunstancia alguna imputable a la persona jurídica —que ha implementado los medios preventivos necesarios para evitar la comisión delictiva, y, por consiguiente, ha actuado con la diligencia que era legalmente exigible (supuesto del artículo 31 bis.1 a)— o para entender cumplidos también con diligencia por éstos los deberes de supervisión, vigilancia y control de la actividad de los subordinados que llevaron a cabo el comportamiento delictivo (supuesto del artículo 31 bis.1 b). En definitiva, que no hay “injusto/culpabilidad” alguna atribuible a la persona jurídica y, por consiguiente, que no puede haber tampoco responsabilidad penal alguna de la misma.

No me ocuparé de las observaciones y críticas que se han hecho a este modelo de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica, que son variadas y de fuste. Diré, únicamente, que (al margen de la redacción concreta) me parece plausible que el artículo 31 bis (LO 1/2015) detalle los contenidos y requisitos que deben tener los modelos de organización y gestión y las condiciones que deben observarse para su adecuada supervisión y cumplimiento. Ello ayudará sin duda en la elaboración e implementación de los mismos por las personas jurídicas y, correlativamente, en la valoración judicial sobre la eficacia eximente o atenuante que están llamados a cumplir.

Aunque no creo, sin embargo, que vayan a encontrar solución fácil los numerosos problemas que la experiencia de otros ordenamientos ha puesto ya de relieve que plantea la implantación de este sistema de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, pudiendo resultar particularmente orientativa la situación italiana.

V. Dificultades que presenta el establecimiento de un modelo de responsabilidad de empresa en la dogmática y teoría jurídica del delito que sustenta el Código Penal español

A lo que me referiré ahora, también brevemente, será a las dificultades conceptuales que presenta la incardinación de este modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas en un sistema penal construido dogmática y legalmente para la prevención y represión de la conducta humana, lo que situaría a las personas jurídicas fuera del campo de aplicación de la dogmática y de la teoría jurídica del delito que sustenta al Código Penal español.

Si “son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”, como sigue diciendo el artículo 10 CPE, es obvio que la única forma de entender que las personas jurídicas cometen delitos es aceptando que tienen capacidad de acción y de culpabilidad; como defienden, por lo demás, una buena parte de quienes postulan modelos de responsabilidad de empresa, sobre la base de entendimientos exclusivamente normativos de la acción —aunque no siempre se sepa bien ni cómo ni por qué—.

Si el concepto de acción es pura y exclusivamente valorativo, sin ninguna servidumbre o condicionante existencial de lo que puede ser valorado, si la capacidad de acción puede reconocerse a todo aquello a lo que se pueda exigir el cumplimiento de un deber, y, por tanto, a las personas jurídicas se aproximan tiempos interesantes, pues el desarrollo de la inteligencia artificial, de la robótica y de las nuevas tecnologías en general presentará pronto ingenios mecánicos a los que, conforme a esos principios, no habrá razón alguna para negarles la capacidad de acción penal; y tengo para mí que no faltarán quienes pronto lo pretendan.

Si a una persona jurídica se le reconoce tal capacidad, porque —se dice— ha de organizarse respetando los deberes jurídicos que gobiernan su forma de configurarse y su actividad, también un vehículo au-

tomático de los que se anuncian como muy próximos, por ejemplo, y que se pretenda deba ser configurado y actuar respetando las normas de seguridad del tráfico, podría ser reconocido como sujeto de Derecho con capacidad de acción penal. Y para justificar tal atribución, podría invocarse igualmente el consabido argumento de que si tiene capacidad para conducir autónomamente (prestar dinero, en el ejemplo tradicional), debe reconocérsele la misma aptitud cuando conduzca temerariamente (prestar usurariamente) y responder penalmente por ello. Con mayor fundamento, incluso, porque mientras que la persona jurídica es incapaz de autoorganizarse o actuar en función de decisiones directamente referibles a ella, pues su estructura y su capacidad para cumplir con el deber jurídico es necesaria e ineludiblemente el resultado del comportamiento de personas físicas, los ingenios mecánicos dotados de inteligencia artificial tendrán (si acaso no la tienen ya) capacidad de decisión autónoma y de actuación congruente. Por este camino, el reconocimiento de la “responsabilidad penal de las cosas” y de los ingenios tecnológicos estaría más próximo de lo que parece, (re)apareciendo ante el dogmático una cuestión político-criminal que parecía culturalmente superada y que el progreso nos pondría, nuevamente, delante.

Por mi parte, entiendo que, incluso si se piensa que todo lo penal es valorativo, el presupuesto irrenunciable de los conceptos penales básicos es (y ha de ser) el reconocimiento de que su sustrato existencial lo constituye y tiene que seguir constituyéndolo el comportamiento humano. Como consecuencia, la capacidad de realizar acciones típicas sólo puede reconocerse a la persona física. Ni siquiera mediatamente podría atribuirse tal capacidad a la persona jurídica, argumentando que el sustrato de su responsabilidad se encuentra en los comportamientos de sus representantes legales, administradores o en los subordinados de éstos, pues tal argumentación no hace sino reconocer lo que pretendería negarse. Conforme a la definición legal del Código Penal español, el delito sólo puede cometerlo quien actúa u omite, y, conforme a lo expuesto, en mi criterio, las personas jurídicas, en cuanto tales, no actúan; *ergo*: no delinquen.

Consideraciones semejantes pueden hacerse en relación con la capacidad de culpabilidad. Mientras el dolo se entienda como hasta ahora, e integre necesariamente un componente psicológico del sujeto, y presuponga la capacidad del autor para conocer y querer (la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa

comprensión, dice el art. 20.1 CPE), las personas jurídicas no podrán actuar dolosamente. Y si el dolo es el elemento esencial del concepto de delito (artículo 10 CPE: “Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”) y el dolo sea el fundamento de la pena (art. 5 CPE: “No hay pena sin dolo o imprudencia”) la conclusión es única y clara: conforme al concepto legal de delito, las personas jurídicas no delinquen; diga lo que diga el artículo 31 bis CPE. Y lo mismo vale para la imprudencia.

Las paradojas que ello suscita son numerosas. La primera y más evidente es que la gravedad que se valora a la hora de determinar la responsabilidad dolosa de la persona jurídica es la de quienes han concebido y ejecutado el modelo de organización: personas físicas, pues, cuya actuación, mediante una transferencia automática, pasa a definir el comportamiento doloso del ente, de forma que un grave defecto de organización o un incumplimiento grosero de los procedimientos de control dará lugar a calificar como dolosa la conducta de la persona jurídica. La segunda, que, siendo así, la responsabilidad de la persona jurídica en cuanto tal resultaría estrictamente objetiva, pues respondería por el dolo o la negligencia ajena. Y, finalmente, que algunos entendimientos de la culpabilidad de la persona jurídica, como el de la cultura corporativa desviada o cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad, vendrían a situarla en el contexto del Derecho penal de autor y en la “culpabilidad por el carácter”; sin que ello despierte recelo alguno para sus defensores, por cierto.

Los propios partidarios de los modelos de autorresponsabilidad reconocen que es impropio hablar de responsabilidad a título de dolo o imprudencia en relación con las personas jurídicas, pues en realidad con tales referencias lo único que pretende precisarse es la gravedad del defecto de organización. Dolo y culpa, por tanto, no pueden ser en relación con los entes morales lo que son en relación con las personas físicas, pasando a convertirse únicamente en referencias con las que calificar la gravedad del defecto organizativo. El problema es que los conceptos que fundamentan la responsabilidad penal en el Código Penal español, y aplicables (porque ninguna salvedad se hace al respecto) a “cualquier responsabilidad penal”, sólo son posibles en relación con personas físicas, lo que deja sin sustento legal alguno a las categorías en las que se basa la imputación de responsabilidad criminal a las personas jurídicas.

La pertinencia del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España

Incluso el concepto de pena deja de tener sentido respecto de la persona jurídica. El presupuesto de la capacidad preventiva (o retributiva, si se prefiere) de la pena, es que quien la sufre tiene la capacidad para percibir directa y personalmente la aflicción y privación de derechos fundamentales que comporta. Sólo así puede explicarse convincentemente su eficacia preventiva; pero ésa es sólo una función que resulta concebible en relación con personas físicas. Aplicada a las personas jurídicas, la pena no puede cumplir función preventiva alguna sobre el sujeto al que se aplica, y si la cumple es porque actúa sobre las personas físicas que la integran. Y lo mismo podría continuar diciéndose respecto de otros elementos de la teoría jurídica del delito, construida, como ya se ha dicho, con el único referente del comportamiento humano.

En definitiva: en el Código Penal español vigente —antes y después de cualquiera de las redacciones del artículo 31 bis— la responsabilidad criminal y la noción de delito están construidas sobre elementos que no son apreciables en las personas jurídicas. No parece razonablemente discutible que todos los conceptos sobre los que en el Código Penal se asienta la responsabilidad penal están definidos y concebidos en torno a la persona física, por lo que, conforme a la teoría jurídica del delito diseñada en el Código, es evidente que las personas jurídicas no pueden delinquir. De tal forma que puede decirse que a las personas jurídicas podrá, finalmente, imponérseles una pena, pero, desde luego, delinquir no delinquen, en los términos en los que el Código Penal español define al delito.

Conscientes de todo ello, un significativo sector de los partidarios de los modelos de autorresponsabilidad advierte que la búsqueda de un injusto y/o una culpabilidad propia de las personas jurídicas obliga a que los conceptos penales de la teoría jurídica del delito actual sean reinterpretados, acomodados, reformulados, conforme a las exigencias derivadas de la necesidad político-criminal de reconocer la responsabilidad penal de las corporaciones. Ello supone situar el debate en si es conveniente y deseable esa reinterpretación de los conceptos penales, con el peligro de que se vean mermadas las garantías individuales, o si no es preferible mantener la dogmática y la teoría jurídica del delito tal y como la conocemos y construir categorías *ad hoc*, que respondan a las necesidades de fundamentación que requiera la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Personalmente, no comparto el exabrupto de que si las categorías jurídicas del delito tienen dificultades para asumir la responsabilidad penal de las personas jurídicas “peor para ellas”, como se ha dicho por algún autor. Simplemente, porque a la postre, inevitablemente el “ellas” acabamos siendo “nosotros”, todos los ciudadanos. Sencillamente, porque estoy convencido de que la revisión con ese fin de los modelos de atribución de responsabilidad penal construidos para la persona física conllevaría una distorsión irreparable de los conceptos penales tradicionales y/o una revisión “a la baja” de las garantías características de la misma, y que son inaplicables a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Desde esta perspectiva, estimo que hubiera sido más apropiado regular la materia en una ley especial, como ha hecho por ejemplo Italia, y ha propuesto alguna doctrina española, lo que habría permitido configurar una Parte General apropiada a las singularidades de las personas jurídicas; buscando, además, fórmulas que permitieran que el enjuiciamiento de tales hechos se encargara a la Administración de Justicia, de la misma forma que se ha hecho al incluirla en el Código Penal. Ello, suponiendo que para afrontar los problemas que plantea la criminalidad de empresa no quede otro camino que el de reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas; lo que personalmente no comparto, como ya ha quedado expuesto.

La reforma operada por la LO 1/2015, sin embargo, consolida el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, marcando un punto de no retorno en el camino iniciado por la LO 5/2010, por lo que no es político-criminalmente esperable que pueda volverse atrás y replantearse, no ya la conveniencia de soluciones administrativas, sino al menos plantear si la regulación debe hacerse mejor en una ley especial, apoyada en categorías de imputación que no colisionen con los principios penales básicos. Ni siquiera parece verosímil una reforma del Código Penal que sirviera para acabar con la paradoja conceptual que supone que pueda serle impuesta una pena a quien, Código Penal español en mano, y definición de delito delante, no puede cometer un delito.

Así las cosas, no parece quedar otra solución que la que descubrió la doctrina mayoritaria incluso antes de la LO 5/2010: puesto que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un hecho irreversible, obligada consecuencia de la “modernidad” (incluso dogmática), renunciemos al debate sobre su necesi-

dad y oportunidad, incluso sobre su constitucionalidad y correspondencia con el Código Penal, para ocuparnos de cómo interpretarla para que ocasione los menos destrozos posibles. En esto se ha centrado la producción doctrinal española de los últimos años, con aproximaciones y reflexiones de gran interés que tal vez hayan ayudado al legislador en la reforma del modelo; aunque es evidente que en la regulación propuesta han pesado especialmente los criterios de los partidarios de la culpabilidad de empresa, sin que se advierta ninguna toma en consideración de las observaciones formuladas por otras posiciones; y ello, a pesar de que hasta este sector doctrinal se ha rendido a la evidencia de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha llegado para quedarse.

En todo caso, es evidente que si se acuerda reconocer penalmente la responsabilidad penal de las per-

sonas jurídicas, sólo tiene sentido hacerlo en términos de culpabilidad de empresa. Sencillamente, porque la principal virtud que ello tiene es que compromete a las personas jurídicas en la prevención y detección activa de los delitos que puedan cometerse en su seno por parte de las personas físicas que actúan en su nombre y en su provecho, instando dinámicas de autoorganización y control de riesgos mediante el establecimiento de programas de cumplimiento corporativo, que son absolutamente convenientes y plausibles. Cuestión distinta es si eso hubiera podido lograrse igualmente manteniendo la responsabilidad en el ámbito administrativo y, sobre todo, si es constitucionalmente sostenible un modelo de responsabilidad penal que acaba imponiendo una pena a quien, conforme a la definición legal, no ha cometido delito alguno.

Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo

Joaquín Merino Herrera

Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: El notable incremento tanto en la diversificación como en la capacidad de acción y potencial destructivo que ha mostrado la estrategia terrorista en los últimos años, pone en evidencia qué tan importante es estructurar un esquema de prevención y persecución penal de carácter multilateral que resulte óptimo para abarcar por diferentes vías y en sus distintas etapas la actuación terrorista. Un ejemplo de ello radica en el hecho de que la comunidad internacional centre sus esfuerzos en mitigar y reprimir todo aquello que suponga cualquier aportación o recaudación de medios para sufragar el marco operativo de la delincuencia terrorista. Sobre todo desde el 11 de septiembre, se ha enfatizado la necesidad de incriminar la financiación del terrorismo y de emprender acciones destinadas a su prevención e identificación en los ámbitos nacionales, interés prioritario que, como se desarrolla en este trabajo, se ha venido reflejando en algunos instrumentos emitidos por importantes organismos internacionales, a cuyas directrices ha tratado de ceñirse México a través de un reestructurado marco jurídico-penal y de una legislación complementaria de naturaleza preventiva de muy reciente creación.

PALABRAS CLAVE: Delincuencia organizada, financiación del terrorismo, lavado de dinero, terrorismo, Naciones Unidas, Grupo de Acción Financiera Internacional.

ABSTRACT: The remarkable increment in the diversification as well as the capacity of action and the destructive potential that the terrorist strategy has shown in the latest years, has put in evidence the importance of structuring a prevention and criminal prosecution schema with a multilateral character, that functions well dealing with the terrorist threat in different ways and in the different stages of the terrorist action. An example of this lies in the fact that the international community centers its efforts in mitigating and suppressing anything that supposes any contribution or fund raising to defray the criminal and terrorist operational framework. Overall after September the 11th, the need to criminally pursue the funding of terrorism has been emphasized, and actions have been undertaken towards its prevention as well of its location in the national environment, high priority interest, that as it has been developed in this paper, can be seen reflected in some instruments issued by important international organisms, to which Mexico has tried to adhere to, through a restructured legal-penal frame, and of a complementary legislation of preventive nature of very recent creation.

KEY WORDS: Organized crime, financing of terrorism, money laundering, terrorism, United Nations, Financial Action Task Force.

SUMARIO: 1. La regulación de un complejo esquema de actuación de la delincuencia organizada. 2. Particularidades del financiamiento del terrorismo y la justificación de su persecución penal. 3. Estrategia multilateral contra la financiación del terrorismo.

Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo

1. La regulación de un complejo esquema de actuación de la delincuencia organizada

1.1. Medidas internacionales contra la estructura financiera de la delincuencia organizada y el terrorismo

Una de las principales preocupaciones de la comunidad internacional es la relativa a la fusión que podría darse entre el lavado de dinero, el terrorismo y la delincuencia organizada.^{1,2} Si ya de por sí se trata de tres sectores delictivos que por separado han tenido particular protagonismo, su potencial destructivo puede sufrir un considerable incremento cuando las redes u organizaciones criminales encuentran en la convergencia de ellos el complemento idóneo para fortalecer la estructura y los alcances de su marco operativo.

Si es verdad que la legislación destinada a la persecución penal constituye una parte, no poco importante, del reflejo de una realidad criminológica, entonces, en este contexto, puede sostenerse que la prevención, investigación e incriminación del lavado de dinero, del terrorismo y de la delincuencia organizada se han convertido en prioridades —si cabe, de urgente atención— de la sociedad internacional. Con este planteamiento inicial quiero recordar que existe un marco jurídico internacional que se ha venido creando de forma progresiva para hacer frente a estos

tres fenómenos de forma aislada y, aunque con una plataforma normativa menos elaborada, a la sinergia que se produce con su concurrencia.

Por lo que corresponde al lavado de dinero, blanqueo de dinero o del producto del delito,³ blanqueo de capitales,⁴ lavado de activos⁵ o, como lo identifica el legislador mexicano, operaciones con recursos de procedencia ilícita,⁶ se debe destacar su previsión en diversos instrumentos jurídicos internacionales; sobre todo en aquellos destinados a la persecución penal del tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos. En este sentido, cabe considerar por lo menos tres convenciones internacionales sobre la materia. Dos de ellas, ya mostraban la intención de reprimir el lavado de dinero; al menos ello puede inferirse de la obligación jurídica impuesta a sus Estados signatarios para incriminar las operaciones financieras que pudieran vincularse a los delitos relacionados con el tráfico ilícito de los narcóticos objeto de ambos textos legales.⁷

Mayor claridad mostró la “Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”,⁸ puesto que, desde su Preámbulo, reconoce los vínculos existentes entre el tráfico ilícito de los narcóticos y otras actividades delictivas que, según se pone de relieve, “socavan las economías lícitas y menoscaban las bases económicas”. En esta misma parte del tratado, se llama la

¹ Esta preocupación se hace patente en las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas S/RES/1373 (2001), de 28 de septiembre de 2001; S/RES/1904 (2009), de 17 de diciembre de 2009; S/RES/1963 (2010), de 20 de diciembre de 2010; S/RES/2083 (2012), de 17 de diciembre de 2012; S/RES/2129 (2013), de 17 de diciembre de 2013; S/RES/2195 (2014), de 19 de diciembre de 2014; S/RES/2199 (2015), de 12 de febrero de 2015. En este sentido, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, *vid.*, por ejemplo, el párrafo 5 de la Sección II del Anexo de la resolución A/RES/60/288, de 20 de septiembre de 2006, sobre la estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo; así como las resoluciones A/RES/51/64, de 28 de enero de 1997 y A/RES/52/92, de 26 de enero de 1998, ambas sobre la lucha internacional contra el uso indebido y la producción y tráfico ilícito de drogas.

² Destaca también esta preocupación Ferré Olivé, J.C., “Política criminal europea en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo”, en AA.VV., *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico*, González Cussac, J.L. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 163, cuando, a propósito de la psicosis generalizada que han provocado los atentados de Nueva York, Madrid y Londres, señala que se ha abierto una nueva línea de reflexión político-criminal que pretende demostrar —y al mismo tiempo plasmar a través de normas jurídicas— la existencia de una ceñida relación entre blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

³ *Id.*, respectivamente, artículos 6 y 7 de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional.

⁴ Expresión empleada en España, por ejemplo. Sobre ello *vid.*, extensamente, entre otros, Palma Herrera, J. M., *Los delitos de blanqueo de capitales*, Edersa, Madrid, 2000; obra conjunta a cargo de Ferré Olivé, J.C., *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, t. II, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002; Ferré Olivé, J.C., “Blanqueo de capitales y criminalidad organizada”, en AA.VV., *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pp. 85 y ss.; del mismo, “Política criminal...”, *op. cit.*, pp. 163 y ss.; Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 494 y ss.

⁵ *Id.* las 40 recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI); Callegari, A.L., *Lavado de activos*, Ara, Perú, 2009.

⁶ *Id.* artículo 400 bis del Código Penal federal. Sobre ello *vid.*, extensamente, Ortiz Dorantes, A., *El delito de lavado de dinero*, Porrúa, México, 2011.

⁷ *Id.*, por ejemplo, subinciso ii) del inciso a) del apartado 2 del artículo 22 del Convenio sobre sustancias sicotrópicas, adoptado el 21 de febrero de 1971; subinciso ii) del inciso a) del apartado 2 del artículo 36 de la Convención única de 1961 sobre estupefacientes tal como fue enmendada por el Protocolo del 25 de marzo de 1972, concerniente a la Convención única de 1961 sobre estupefacientes.

⁸ Aprobada por la Conferencia en su sexta sesión plenaria, celebrada el 19 de diciembre de 1988.

atención sobre los “considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles”.

Lo anterior se proyectó en el artículo 3 de esta Convención,⁹ pues en él queda recogida la obligación de los signatarios de sancionar penalmente las actividades intencionales siguientes:

Conversión o transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados en la Convención, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en tales delitos a eludir la responsabilidad penal; (y)

Ocultación o encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes [...], a sabiendas de que proceden (de los delitos previstos en la Convención).

En este contexto, también conviene tener en cuenta otro referente internacional con el que se pretende abarcar el fenómeno del lavado de dinero desde distintas perspectivas, esto es, no sólo legislativas sino operativas y de coordinación interinstitucional en los

ámbitos nacionales, pero también en el plano internacional por medio de autoridades estatales técnicamente formadas. Básicamente, estoy aludiendo a las *Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional*, que, si bien al comienzo fueron desarrolladas para atender el lavado de dinero, lo cierto es que la realidad internacional ha llevado a que integren otras más que abarcan ámbitos tan graves como la financiación del terrorismo y el financiamiento para la proliferación de armas de destrucción masiva.¹⁰

En efecto, tras la conformación paulatina de su contenido, estas recomendaciones establecen estándares internacionales para llevar a cabo una cooperación coordinada de prevención, investigación y castigo de dichos fenómenos delictivos.¹¹ De ello se desprende que no basta con colaborar o con mostrar buenas intenciones, más bien dicha cooperación debe ser coordinada sobre la base de un soporte jurídico contundente y por personal técnica y operativamente formado.

Estos tres ámbitos criminales, cuyo tratamiento de uno u otro modo se concentra en las recomendaciones del GAFI, también han sido objeto de regulación por separado en algunos instrumentos jurídicos internacionales. Por lo que concierne a la financiación del terrorismo, cabe considerar la “Convención internacional para la represión de la financiación del

⁹ Particularmente en los subincisos i) y ii) del inciso b) del apartado 1 del artículo 3.

¹⁰ Las 40 Recomendaciones del GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional) fueron creadas en 1990, actualizadas en 1996, adaptadas al terrorismo y ampliadas con ocho más (ahora nueve) que se destinaron a prevenir la financiación del terrorismo en octubre de 2001, y modificadas en 2003 para abarcar cualquier delito grave. No obstante, en 2012 queda confirmado en su contenido el criterio internacional de prevenir y combatir el financiamiento para la proliferación de armas de destrucción masiva, de la misma forma que se estandarizan las medidas para el lavado de dinero y la financiación del terrorismo, si bien se deja un grupo específico para este último, aunque integrado en 40 recomendaciones de un texto final.

¹¹ Conviene no olvidar que los tratados internacionales que he considerado en párrafos anteriores –como ocurre en otros más–, también tienen el carácter mixto de las Recomendaciones del GAFI, pues queda claro que integran medidas de diversa naturaleza que se conjugan para garantizar acciones coordinadas en la prevención, persecución, incriminación y castigo de los delitos que abarcan. En efecto, estos instrumentos jurídicos internacionales van más allá de unificar criterios para crear tipos penales destinados a golpear a la estructura financiera de la delincuencia organizada, siendo que los ámbitos de incriminación que regulan y la finalidad que le imprimen a los mismos, se complementan con otras medidas que estandarizan la persecución penal a estos efectos, como sucede, por ejemplo, con el decomiso y el embargo o incautación de bienes que son producto del delito, de aquellos que deriven de éste y de los utilizados o destinados a ser utilizados para la comisión de delitos. *Vid.*, por ejemplo, artículos 2, incisos f) y g), 12, 13 y 14 de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional; artículos 1 y 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas; artículo 8 del Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo; artículo 37 de la Convención única de 1961 sobre estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972, de modificación de la Convención única de 1961 sobre estupefacientes; artículo 22 del Convenio sobre sustancias sicotrópicas. En este contexto, de igual forma cabría considerar la figura de extinción de dominio, dado que forma parte de aquellas estrategias empleadas por los Estados para atacar a la base económica de la delincuencia organizada. Así ocurre con la legislación mexicana que, si bien integra una Ley Federal de Extinción de Dominio –sin dejar de lado que existen legislaciones locales que regulan esta figura– para cumplir, entre otras cosas, con los compromisos internacionales derivados de instrumentos jurídicos como la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, y como la Convención de Palermo, lo cierto es que dicha ley federal no se desmarca de la influencia de la Ley Modelo de Extinción de Dominio –que no es estrictamente vinculante–, que es una iniciativa del Programa Legal en América Latina y el Caribe (LAPLAC) que se incorpora al cúmulo de acciones promovidas por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) frente al narcotráfico, la delincuencia organizada, la corrupción y el terrorismo.

Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo

terrorismo”, la “Convención interamericana contra el terrorismo”, así como la “Convención del Consejo de Europa sobre el blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y sobre la financiación del terrorismo”. En el caso del lavado de dinero, y dada su íntima relación con la delincuencia organizada, debe tenerse presente la “Convención de Palermo”¹² que, básicamente, dedica sus artículos 6 y 7 a la “Penalización del blanqueo producto del delito” y a las medidas para combatirlo. Ello no es sino el reflejo de la preocupación que se hace patente desde el Preámbulo de este tratado debido a los crecientes vínculos entre la criminalidad organizada transnacional, los delitos de terrorismo y el blanqueo de dinero, al igual que por la conexión que se da entre estos sectores delictivos y la corrupción,¹³ lo cual, con idéntica regulación, se traslada, y esencialmente en lo que atañe a la relación constatada entre la corrupción, la delincuencia organizada y la delincuencia económica (incluido el lavado de dinero), a los artículos 14 y 23 de la “Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción” y al Preámbulo de la misma.¹⁴

1.2. El marco jurídico-penal mexicano destinado a la represión del lavado de dinero, del terrorismo y de la delincuencia organizada

Nuestro legislador ha tratado de abarcar de diferentes formas supuestos tan complejos como el terrorismo, el lavado de dinero y la delincuencia organizada. Por una parte, no ha dejado de sancionar de forma individual cada uno de estos sectores delictivos; por la otra, ha estructurado una legislación especial que prevé la concurrencia de la delincuencia organizada con cualquiera de los dos primeros, es decir, o bien con el

terrorismo, o bien con las operaciones con recursos de procedencia ilícita.

Con respecto a ello, debo mencionar el artículo 139 quáter del Código Penal federal, puesto que en él se integra una fórmula legal de reciente creación¹⁵ que sanciona con especial rigor las actividades de “aportar o recaudar” fondos económicos o recursos de cualquier naturaleza, para lo cual bastará con el mero hecho de que el agente tenga “conocimiento” de que dichos fondos o recursos se orientan a la “financiación o apoyo” de la estrategia de individuos u organizaciones terroristas. De este modo, se sigue la tendencia internacional de adoptar la fórmula legislativa que no supedita la configuración del tipo penal a que los fondos o recursos sirvan para su destino final; sencillamente, se punen las acciones de recaudarlos o aportarlos “a sabiendas” de que serán empleados para sufragar el terrorismo, pero también, y como es lógico, son objeto de reproche penal las conductas de recolección o provisión que se dirigen a que los fondos o recursos sean utilizados —o inclusive será suficiente con que eventualmente se pretenda su utilización— para la comisión de una serie de delitos vinculados al terrorismo que se describen en la fracciones I y II del mismo artículo 139 quáter.¹⁶ Así, la incriminación de aportar o recaudar con el conocimiento o con los propósitos señalados sin necesidad de que materialmente se financien actos de terrorismo, coloca a esta clase de delitos dentro de aquéllos de resultado cortado;¹⁷ sobre todo si se tiene en cuenta que no depende del autor que el resultado se produzca ni tampoco es necesario que esto ocurra.¹⁸

Por su parte, las operaciones con recursos de procedencia ilícita quedan previstas y sancionadas por el también recientemente reformado artículo 400 bis

¹² Es decir, la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional organizada.

¹³ Así cabe extraerlo de los párrafos 8º y 10º del Preámbulo de esta Convención.

¹⁴ Sobre todo *vid.* párrafo 2º del Preámbulo.

¹⁵ *Vid.* Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Penal federal; del Código Federal de Procedimientos Penales; de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; del Código Fiscal de la Federación y de la Ley Federal de Extinción de Dominio, reglamentaria del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial de la Federación* de 14 de marzo de 2014.

¹⁶ Fundamentalmente, esa línea viene marcada por el artículo 2º del “Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo”, según el cual “comete delito [...] quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados en todo o en parte, para cometer [...]”.

¹⁷ En el mismo sentido, Fernández Hernández, A., “Prevención y represión de la financiación del terrorismo en España y Estados Unidos: Un análisis comparado”, en AA.VV., *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico*, González Cussac, J.L. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 150.

¹⁸ Sobre esta categoría de delitos, *vid.* Gil Gil, A., “El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 6, p. 106; Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, Reppertor, Barcelona, 2011, pp. 236 y 361; Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 435 y 436.

del Código Penal federal.¹⁹ Se trata de una fórmula legal que dedica un mismo marco punitivo, que va de cinco a 15 años de prisión, para sancionar conductas delictivas de muy diferente confección, como ocurre con la “adquisición”, “enajenación”, “administración”, “custodia”, “posesión”, “cambio”, “conversión”, “depósito”, “retiro”, “dar” o “recibir” por cualquier motivo, “inversión”, “traspaso”, “transporte” o “transferencia” de recursos o bienes de cualquier naturaleza con el conocimiento de que proceden o son producto de una actividad ilícita. Aunque de lo anterior pudiera inferirse el carácter doloso de esta clase de delitos, lo cierto es que la reforma de que fue objeto el artículo 400 bis redujo las exigencias que preveía su antigua redacción, pues conviene recordar que no bastaba con la materialización de la acción, porque, más allá de ello, la descripción legal hacía depender la configuración del tipo penal de la acreditación de ciertos elementos subjetivos del injusto alternativos que, en este caso, consistían en el “propósito” de ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita.

Se puede decir que los que antes constituían elementos subjetivos del injusto, que además permitían verificar todavía más el carácter doloso de las conductas e implicaban la esencia misma del lavado de dinero, con la reforma, si bien con variaciones, se convirtieron en verbos típicos que se suman a los ya existentes y a otros que también se incorporaron con este paquete reformador. En efecto, la nueva manufactura del artículo 400 bis optó por relajar las reglas de atribución de la responsabilidad penal, a la vez que por multiplicar los supuestos de incriminación.

Más concretamente: lo que antes se incluía en un extenso párrafo, ahora se divide en dos fracciones que amplifican el contenido casuístico que ya impregnaba al artículo 400 bis. La primera conserva la estructura de la descripción anterior y añade las conductas de “poseer”, “convertir” y “retirar”, al tiempo que, prácticamente, sustituye el verbo típico de “dar en garantía” por el alternativo de “dar o recibir por cualquier

motivo”. La fracción II, por su parte, no es sino el reciclaje de los elementos tendenciales que contemplaba la anterior redacción, pues ahora en cascada y con ciertos ajustes se les da el carácter de conductas delictivas, de modo que son objeto de incriminación las actividades de “ocultar”, “encubrir” o “pretender ocultar” o “encubrir” la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, propiedad o titularidad de recursos, derechos o bienes, cuando se tenga conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita.

De la fracción I del artículo 400 bis también conviene resaltar el alcance internacional que reconoce el legislador mexicano a las conductas que en ella recoge, pues prevé las alternativas de que las operaciones con recursos de procedencia ilícita puedan cometerse en territorio nacional o bien de éste hacia el extranjero o a la inversa. Otro aspecto a destacar de esta concreta regulación tiene que ver con la ampliación de las operaciones con recursos de procedencia ilícita a cualquier delito. Esto es, si bien en principio, tal y como lo dejé ver al inicio de este trabajo, la persecución penal del lavado de dinero representaba una preocupación internacional por atacar la estructura financiera de las organizaciones criminales dedicadas a los delitos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, la verdad es que este criterio ha quedado desfasado, de manera que ahora la cuestión no se circunscribe a esta clase de delincuencia, sino que se extiende a un grupo indefinido de sectores como pueden ser el tráfico de armas, trata de personas, secuestro, pornografía infantil, tráfico de inmigrantes, aquella delincuencia que atenta contra la propiedad intelectual y los derechos autor, etcétera.²⁰

Seguramente esto ha sido tenido en cuenta por el legislador mexicano en el segundo párrafo del artículo 400 bis del Código Penal federal, cuando reprime estas conductas de lavado de dinero con independencia del delito del que provengan los recursos. Por lo menos eso se deduce de la redacción legal siguiente:

Para efectos de este capítulo se entenderá que son producto de una actividad ilícita, los recursos, derechos o

¹⁹ Este artículo fue modificado dentro del mismo paquete de reformas que afectaron a la legislación antiterrorista que contempla el Código Penal federal (*vid. supra*, cita 15).

²⁰ Así también Bajo Fernández, cuando después de destacar que el lavado de dinero se ha constituido como figura delictiva independiente del encubrimiento, recuerda que ahora ya no se vincula con el narcotráfico ni con el terrorismo, delitos que motivaron su creación, ni con los delitos graves sino con toda clase de delitos (“El desatinado delito de blanqueo de capitales”, en AA.VV., *Política criminal y blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 11).

Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo

bienes de cualquier naturaleza, cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen, directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia.

Esto, junto con otros esquemas de regulación penal antilavado que también se integran en el texto punitivo federal mexicano,²¹ se orientaría a un criterio de salvaguarda penal que opta por la tesis del delito previo, a la vez que por identificar de forma descontrolada diversos bienes jurídicos de interés colectivo. Particularmente a este respecto, se ha identificado un carácter multiofensivo en el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, tal y como lo prueba el hecho de que, desde el comienzo, se sostuviera que los bienes jurídicos tutelados son “la salud, la vida, la integridad física y el patrimonio, afectados por actividades del narcotráfico y la delincuencia organizada; la seguridad de la nación, la estabilidad y el sano desarrollo de la economía nacional, así como la preservación de los derechos humanos y la seguridad pública”. De este planteamiento, que focaliza la aten-

ción en sectores criminales muy concretos, podría rescatarse la función instrumental menos inviable de brindar protección a la “estabilidad y el sano desarrollo de la economía”,²² mismo que, en cierta forma, se aproxima al bien jurídico que, a juicio de algunos, radica en la “licitud de los bienes que circulan en el mercado”²³ o bien en “la libre competencia”,²⁴ lo que contrasta con la opinión de otros que hacen referencia a la administración de justicia,²⁵ pero también con la de otros más que se decantan por identificar un delito pluriofensivo. En esta última dirección, se pronuncian quienes entienden que con el lavado de dinero sufren una afectación tanto el orden socioeconómico como la administración de justicia,²⁶ lo que se acumula a la opinión de aquéllos que mantienen que aquí entra en juego esta última y los bienes jurídicos de los delitos de referencia, esto es, del delito previo y de aquel que se pueda cometer haciendo uso del dinero blanqueado.²⁷ No obstante, a todo esto se suman las propuestas que inclusive rechazan la injerencia penal sobre el delito de blanqueo de capitales.²⁸

De cualquier manera, en la tipificación penal del lavado de dinero se ha visto una medida para atacar

²¹ Como sucede con las agravantes que contempla el artículo 400 bis 1 del Código Penal federal.

²² Ese bien jurídico de “estabilidad y sano desarrollo de la economía” se podría desprender del artículo 2 de la Ley Federal para Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, siendo que en él se establece que el objeto de ésta radica en la protección del “sistema financiero y la economía nacional”. En otros ámbitos como el español se hace referencia al orden socioeconómico (Sobre ello, *vid.* Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico...*, *op. cit.*, p. 499; Palma Herrera, J.M., *Los delitos de blanqueo...*, *op. cit.*, pp. 254, 255 y 282, aunque este último identifica al orden socioeconómico como un subsistema cuyo correcto desarrollo permite el normal desenvolvimiento social, y que comprende una pluralidad de manifestaciones concretadas en intereses de naturaleza económico-constitucional, que son, según refiere, los que realmente constituyen el objeto de protección [...]. Así, concluye este autor que el bien jurídico orden socioeconómico no puede ser el bien jurídico objeto de tutela penal, constituyendo, a lo sumo, un concepto abstracto con una función de mera ordenación sistemática de los tipos penales que debe ser descompuesto en una pluralidad de bienes y valores que conforman su contenido y que sí constituyen los objetos jurídicos a proteger”). Sobre el concepto de orden socioeconómico, *vid.*, entre otros, Hormazábal Malarée, H., “Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma al sistema penal español”, en AA.VV., *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 195 y ss.

²³ En este sentido, Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico...*, *op. cit.*, p. 499. Es similar el planteamiento de Palma Herrera, J.M., *Los delitos...*, *op. cit.*, pp. 277 y ss., que se refiere al “tráfico lícito de bienes”, aunque entiende que el tipo penal de blanqueo de capitales es pluriofensivo, puesto que también afectaría a la “administración de justicia”.

²⁴ Cfr. Callegari, A.L., *Lavado...*, *op. cit.*, pp. 274 y 275.

²⁵ En este sentido, Gómez Pavón, P., “El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 53, 1994, pp. 476 y ss., sobre todo p. 482.

²⁶ Cfr. Palma Herrera, J.M., *Los delitos...*, *op. cit.*, pp. 77 y ss. También suscribe ese carácter pluriofensivo Ortiz Dorantes, A., *El delito de lavado...*, *op. cit.*, pp. 88 y ss., sobre todo, pp. 100, 117 y 124; sin embargo, parece que la intromisión penal solamente la justifica si se funda en la salvaguarda de la “administración de justicia”, dejando la protección estatal –sobre la base del principio de mínima intervención– de bienes jurídicos como “la circulación de bienes en el mercado” o como “la libre competencia” a otras alternativas menos gravosas del Derecho.

²⁷ *Vid.* Molina Fernández, F., “¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?: reflexiones sobre un bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la ‘participación’ en el delito”, en AA.VV., *Política criminal y blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 91 y ss., sobre todo 117 y ss.

²⁸ Y ello, partiendo de la base de que, si bien en esta medida se ve lesionado “el tráfico lícito de bienes”, la conducta como tal no debería ser delito, en su caso infracción administrativa, y a lo sumo delito fiscal si después de blanquearlo no se declara a Hacienda, también cuando todavía es dinero negro [...] (Así, Cobo del Rosal, M., y Zabala López-Gómez, C., *Blanqueo de capitales: abogados, procuradores y notarios, inversores bancarios y empresarios*, CESEJ, Madrid, 2005; Blanco Cordero, I., *El delito de blanqueo de capitales*, Aranzadi, Navarra, 2012, p. 93).

la estructura financiera de las redes u organizaciones criminales, o si se quiere, para restar poder y potencial destructivo a la delincuencia en general, y a la criminalidad organizada, en particular.

En cuanto a la legislación especial que dedica nuestro marco jurídico a atender la conjugación que pueda darse, por un parte, entre terrorismo y delincuencia organizada, y, por la otra, entre ésta y las operaciones con recursos de procedencia ilícita, resulta fundamental considerar la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en cuyo artículo 2° queda contemplada la noción jurídico-penal de delincuencia organizada que, precisamente, supedita la materialización de esta clase de delincuencia asociativa a que el aparato organizativo se oriente a la realización de diversos delitos,²⁹ dentro de los que quedan incluidos la financiación del terrorismo y las operaciones con recursos de procedencia ilícita. En este caso, el legislador opta por incriminar a través del concurso real de delitos, esto es, si se verifica en el hecho la comisión de delincuencia organizada y los delitos que se integran en el catálogo, el autor o autores serán sancionados por ambos.

Todo esto se fortalecería con un muy extenso aparato legislativo que, sobre todo a raíz de las observaciones hechas por el GAFI a nuestro país en 2008,³⁰ ha sido objeto de ajustes para regular la actividad de ciertas instituciones y actores vinculados a las operaciones financieras,³¹ así como las acciones de las autoridades investigadoras (policía y Ministerio Público), lo que pretende complementarse con un texto legal que se une al desbarajuste ya existente en nuestro disperso, desorganizado y muy extenso, a la vez que infructuoso, marco legal destinado a la prevención, persecución y castigo de las operaciones con recursos de procedencia ilícita. Concretamente, me refiero a la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, que entró en vigor desde el 17 de julio de 2013.

1.3. Concretos aspectos de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita

A estos efectos, conviene recordar que la inercia de una delincuencia internacional cada vez más organizada que nos ha afectado con particular penetración, unida a la realidad criminológica que en este sentido ha germinado en el ámbito local mexicano, nos ha llevado a la construcción paulatina de un marco de regulación penal que, en materia federal, como se ha dejado ver, se articula a partir del Código Penal federal y de otras leyes especiales, a las que se suma la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.

Esta relativamente nueva legislación especial antilavado y antiterrorista reafirma la intención del legislador mexicano de prevenir las actividades de la delincuencia organizada por muy diversos ángulos y en estadios muy previos a la lesión de bienes jurídicos. Es, en definitiva, un texto legal que, sobre todo, se rige por paradigmas preventivos, y no sólo por lo que corresponde a las actividades de coordinación entre los actores e instituciones (de carácter público o privado) que pueden guardar relación con actividades vulnerables, sino también por lo que afecta a una serie de tipos penales que el texto consolidado incluye, de modo que con la previsión de éstos se da un paso más en el adelantamiento de por sí existente con la punición de las operaciones con recursos de procedencia ilícita y la financiación del terrorismo, hasta el extremo de que estos comportamientos delictivos previstos del artículo 62 al 64 de dicha ley, de entrada, podrían plantear problemas bajo la óptica del principio de ofensividad o de estricta protección al bien jurídico.

Dicha intención, eminentemente preventiva, salta a la vista desde el artículo 2 de la redacción final de la Ley, puesto que establece que el objeto de ésta es

²⁹ Sobre el concepto de delincuencia organizada, *vid.* Merino Herrera, J., *La protección de testigos en el marco de la persecución penal de la delincuencia organizada*, Inacipe/Bosch, México, 2013, pp. 91 y ss.

³⁰ Ello puede consultarse en el "Informe de Evaluación Mutua. Antilavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo, octubre de 2008" [que puede verse en http://www.hacienda.gob.mx/inteligencia_financiera/evaluacion_mutua/docs_info_evaluacion_mut/gafisud_s.pdf], así como en los diferentes "Informes de evaluación mutua de México", que se han venido desarrollando de forma cronológica desde 2008 hasta 2012 [que pueden verse en http://www.shcp.gob.mx/INTELIGENCIA_FINANCIERA/EVALUACION_MUTUA/Paginas/info_avances.aspx].

³¹ *Vid.* artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito; 129 de la Ley de Uniones de Crédito; 124 de la Ley de Ahorro y Crédito Popular; 71 y 72 de la Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo; 212 de la Ley del Mercado de Valores; 91 de la Ley de Fondos de Inversión; 108 bis de la Ley de Ahorro para el Retiro; 140 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, y 492 de la Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas.

Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo

proteger el sistema financiero y la economía nacional a través de medidas y procedimientos destinados a prevenir y detectar actos u operaciones que involucren recursos de procedencia ilícita. En este mismo precepto, también se concretan las directrices internacionales en el sentido de garantizar una coordinación interinstitucional que tenga como fines recabar elementos útiles para investigar y perseguir las operaciones con recursos de procedencia ilícita, los relacionados con estos últimos, las estructuras financieras de las organizaciones delictivas y evitar el uso de los recursos para su financiamiento.

Para cumplir con los objetivos expuestos, la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita se compone de ocho capítulos en los que se determinan sus alcances; las autoridades involucradas en el desarrollo de la investigación de los delitos para los cuales se crea; las entidades financieras y aquellas actividades a las que denomina vulnerables;³² el procedimiento y los términos para poner en conocimiento de la autoridad los actos, omisiones u operaciones que puedan ubicarse en los supuestos de encubrimiento y operaciones con recursos de procedencia ilícita que se integran en los artículos 400 y 400 bis del Código Penal federal, y un conjunto de sanciones administrativas³³ y otras de carácter penal de muy diversa naturaleza jurídica y configuración.³⁴

Con este nuevo esquema de represión penal se agudiza la grave tendencia legislativa a ampliar los ámbitos de incriminación y, por lo tanto, la restricción de los espacios de libertad.³⁵ Esperemos que realmente se materialicen las expectativas depositadas en este nuevo texto legal que, como mínimo, ofrece contribuir al desorden y dispersión legislativos que sufre el sistema penal mexicano.

Por otra parte debe señalarse que, aunque esta ley ni siquiera en su título alude a la financiación del te-

rorismo, lo cierto es que con su marco de regulación y las medidas integradas en ella se pretenden abarcar diversas formas en las que esta clase de criminalidad puede manifestarse. De hecho, el nombre de la iniciativa presentada en agosto de 2010 por el entonces Presidente de la República, Felipe Calderón Hinojosa, era el de “Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita y de Financiamiento al Terrorismo”.

La eliminación en el título de lo relativo al financiamiento del terrorismo se debió a un ajuste que durante el proceso legislativo sufrió el artículo 2 de la iniciativa presentada por el jefe del Ejecutivo federal. Básicamente, este precepto señalaba que el objeto de la ley radicaba en establecer “medidas y procedimientos para prevenir y detectar actos u operaciones que involucren recursos de procedencia ilícita y aquellos tendientes a financiar el terrorismo”; sin embargo, en uno de los dictámenes iniciales elaborados en el marco del Congreso por las diversas Comisiones a las que fue turnada esta iniciativa para su estudio se estimó la necesidad de aclarar el objeto y fin de la ley, de manera que de esta redacción inicial solamente fue suprimida la referencia a la financiación del terrorismo y, después de preverse que dichas medidas y procedimientos de prevención y detección debían llevarse a cabo por medio de una “coordinación interinstitucional”, se abarcaron otros fines, como lo son, por un lado, el consistente en “establecer elementos para investigar y perseguir los delitos de operaciones con recursos de procedencia ilícita, los relacionados con estos últimos, las estructuras financieras de las organizaciones delictivas y evitar el uso de los recursos para su financiamiento”, mientras que, por el otro, el derivado en “proteger el sistema financiero y la economía nacional”.³⁶

Con ello se llegaba a la conclusión de que, como el objeto y fin de la Ley era debilitar las estructuras

³² Vid. artículo 17 de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.

³³ Vid. del artículo 52 al 61 de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.

³⁴ Vid. del artículo 62 al 65 de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.

³⁵ En este sentido, Ferré Olivé, “Política criminal...”, *op. cit.*, sobre todo pp. 164, 165 y 177, cuando, a propósito de la realidad europea, con particular referencia al caso español, no deja de reconocer la necesidad de atender los sectores delictivos que estamos comentando, aunque sugiere la reflexión para que, en el desarrollo de las acciones de persecución que puedan llevarse a cabo frente a ellos, se respeten las garantías fundamentales que resultan del Estado de Derecho. Y es que, como bien pone de relieve, “esta tendencia política sólo puede comprenderse bajo el signo de un incremento desmedido y voraz de la represión por parte de los distintos gobiernos”. Aprovechándose de la amenaza terrorista internacional –continúa este autor–, “los Estados ejercen labores de inteligencia y persiguen muchos otros delitos (como la corrupción internacional, el narcotráfico, los fraudes fiscales) instrumentalizando en buena medida la figura del blanqueo de capitales”.

³⁶ Vid. Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia, Gobernación y Estudios Legislativos, Segunda, con proyecto de decreto por el que se expide la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita y de Financiamiento al Terrorismo, Cámara de Senadores, *Diario de debates*, 28 de abril de 2011, pp. 3 y 11.

financieras de las organizaciones delictivas y evitar el uso de los recursos para su financiamiento, resultaba innecesario, por técnica legislativa, hacer referencia expresa al delito de financiamiento al terrorismo tanto nacional como internacional, pues éste, según se ponía de relieve, ya quedaba comprendido dentro del género ampliado [...].³⁷

Es verdad que la redacción final de este precepto sufrió una modificación sustancial,³⁸ dado que vino a aclarar el verdadero objeto que se persigue con la ley, que no es otro que el de “proteger el sistema financiero y la economía nacional”. Cuestión distinta es que, para ello, se utilicen medidas y procedimientos adecuados y coordinados de forma interinstitucional.

En resumen, y por tanto, esta nueva regulación incorpora medidas de control y de protección frente a dos sectores delictivos que comparten su carácter eminentemente doloso,³⁹ lo que, sobre todo, queda plenamente constatado con la regulación de la financiación del terrorismo, siendo que su consumación dependerá de que en el hecho se verifique lo que ha dado en denominarse *elementos subjetivos del injusto*.

Así, mientras que en este sentido, como ya dejé ver, las exigencias se relajaron en el contenido del tipo penal de operaciones con recursos de procedencia ilícita, la financiación del terrorismo se colma con la voluntad de aportar o recaudar, pero ello siempre que medie el mero conocimiento de que se contribuye a la ejecución de acciones terroristas, con el pleno propósito de que así sea o incluso con la finalidad de que eventualmente se sufrague la estrategia terrorista. Esto quiere decir que la financiación del terrorismo, si quiere respetarse al máximo el principio de legalidad, sólo se actualizará si se constatan los elementos finalísticos alternativos consistentes en “atentar contra la seguridad nacional”, “presionar a la autoridad o a un particular” u “obligar a éste para que tome una

determinación”. En esta medida, la interpretación del artículo 139 quáter requiere de una remisión a los elementos teleológicos que actualizan las modalidades del terrorismo previsto y sancionado en el artículo 139 del Código Penal federal. No basta, pues, con la intención de materializar el hecho, sino que dicha materialización debe ir encaminada a la consecución de un fin específico. O lo que es lo mismo, la actualización del tipo penal no se conforma con la voluntad misma (dolo) de llevar al plano fáctico las diversas conductas que se integran en la fórmula que recoge su descripción normativa, pues, más allá de ello, será preciso acreditar un elemento tendencial concreto.

Esta misma regla de remisión normativa debe regir, insisto, si se quiere ser escrupuloso con el principio de legalidad, para la financiación de las modalidades del terrorismo internacional que quedan previstas y sancionadas del artículo 148 bis al artículo 148 quáter del Código Penal federal, sólo que en este caso el propósito deberá orientarse a “presionar a la autoridad de un Estado extranjero” u “obligar a éste o a un organismo u organización internacionales para que tomen una determinación”. En términos concretos: la configuración de la financiación del terrorismo internacional precisa que se agoten los requerimientos del artículo 139 quáter y los elementos finalísticos que ordena el artículo 148 bis, ambos del Código Penal federal.

Es verdad, no obstante, que el artículo 139 quáter del Código Penal federal, además de punir la financiación de los delitos descritos en los artículos 139 bis, 139 ter, 148 bis, 148 ter y 148 quáter, prevé la sanción de la financiación de otros comportamientos típicos como el sabotaje,⁴⁰ ciertos ataques a las vías de comunicación,⁴¹ el robo de material o mineral radiactivo, de material o combustible nuclear o fuente de radiación,⁴² así como un amplio catálogo de actividades dirigidas a la producción de energía nuclear,⁴³

³⁷ *Ibidem*, p. 3.

³⁸ Así desde el Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Hacienda y Crédito Público, con proyecto de decreto que expide la Ley federal para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita, Cámara de Diputados, *Diario de debates*, 30 de abril de 2012, pp. 3, 13 y 14.

³⁹ Parece ser que dicho texto legal se ciñe al criterio internacional promovido por el GAFI, en el sentido de estandarizar las medidas para la prevención del lavado de dinero y la financiación del terrorismo. Es decir, se sigue la tendencia internacional de aplicar las técnicas contra el blanqueo de capitales para detectar la financiación del terrorismo.

⁴⁰ Previsto y sancionado por el artículo 140 del Código Penal federal.

⁴¹ Que contemplan la fracción IX del artículo 167 y los párrafos primero, segundo y tercero del artículo 170, ambos del Código Penal federal.

⁴² Descrito por el artículo 368 quinquies del Código Penal federal.

⁴³ Qué prevén y sancionan los artículos 10 y 13 de la Ley que Declara Reservas Mineras los Yacimientos de Uranio, Torio y las demás Substancias de las cuales se obtengan Isótopos Hendibles que puedan producir Energía Nuclear.

Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo

de manera que en algunos supuestos se requiere realizar una combinación muy forzada de varios artículos, incluidos algunos de la Ley de Seguridad Nacional, para satisfacer los elementos tendenciales que materializan el desvalor terrorista.

Pero continuando con la consideración de los dos sectores delictivos a cuya prevención y control, preponderantemente, se orienta la ley que estoy comentando, debo recordar que tanto el lavado de dinero como la financiación del terrorismo coinciden en que los dos se desenvuelven en la delincuencia organizada. Pese a esa coincidencia criminológica con proyección en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y en la Ley Antilavado, es por lo demás evidente que son actividades delictivas con marcadas diferencias. En efecto, con la incriminación de las operaciones con recursos de procedencia ilícita se trataría de evitar que los recursos procedentes del delito o producto del mismo se integren a los flujos económicos o financieros legales con el objeto de difuminar, borrar u ocultar el rastro de su origen delictivo y darles una apariencia legítima. En todo caso, se trata de bienes de procedencia ilícita, a diferencia de la financiación del terrorismo que puede llevarse a cabo con recursos o bienes de procedencia legal o ilegal.⁴⁴

La divergencia se enfatiza si analizamos la cuestión desde la perspectiva del bien jurídico objeto de protección de las figuras típicas destinadas a la represión del terrorismo,⁴⁵ siendo que, a estos efectos, en términos del artículo 139 del Código Penal federal, debemos hacer referencia a la “seguridad nacional”,

a lo que con mucho esfuerzo podemos denominar “hegemonía y monopolio que se confiere al Estado para tomar las decisiones que den cumplimiento al esquema democrático ordenado por nuestra norma fundamental” y a la “paz pública” que, en el supuesto de “presionar a un particular u obligarlo para que tome una determinación”, podría relacionarse con el derecho de los ciudadanos a vivir libres de temor y a conducir su vida de acuerdo con las expectativas depositadas en ese esquema democrático.⁴⁶ Considero, no obstante, que el bien jurídico de interés colectivo “orden constitucional” podría colmar las alternativas que es posible identificar en el mencionado artículo 139, sin perjuicio del carácter pluriofensivo que va embebido en el desvalor terrorista, por cuanto no hay que olvidar que esta forma de criminalidad, en su gran mayoría, afecta o vulnera otros bienes jurídicos a partir de la comisión de los delitos que sirven como instrumento (vida, patrimonio, libertad, integridad, etcétera).

La cuestión conduce a valorar que ambos sectores de incriminación son empleados para atacar la estructura financiera de las organizaciones criminales, sólo que con el lavado de dinero el objetivo primordial es debilitar o incluso eliminar el poder económico de éstas, mientras que en el caso de la financiación del terrorismo radica en evitar que los recursos sean utilizados para cometer actos de esta índole, lo cual no quita que también constituya un mecanismo para imprimir un fuerte golpe a la base económica de estas organizaciones criminales; soporte financiero, que también

⁴⁴ Como bien se pone de relieve en la nota interpretativa 4 de la recomendación 5 del Grupo de Acción Financiera Internacional, “los delitos de financiamiento del terrorismo deben extenderse a cualquier fondo, procedan de una fuente legítima o ilegítima”.

⁴⁵ En torno al bien jurídico objeto de protección de la figura del lavado de dinero, *vid. supra*, pp. 9 y 10.

⁴⁶ De igual forma, conviene considerar el elemento subjetivo del injusto que contempla la figura de terrorismo internacional prevista y sancionada por el artículo 148 bis del Código Penal federal que, de manera alternativa, contempla la finalidad derivada en la intención de “presionar a la autoridad de un Estado extranjero” u “obligar a éste o a un organismo u organización internacionales para que tomen una determinación”. Considerar este elemento tendencial tiene importancia, en la medida en que de él es posible extraer el objeto de protección, que también podría radicar en esa hegemonía y monopolio del Estado de que se trate, así como en las “buenas relaciones de amistad entre las naciones”. En este contexto, cabría hacer mención del criterio internacional que, en relación con ciertos representantes diplomáticos, identifica las “buenas relaciones de amistad y cooperación entre los Estados” (*vid.*, por ejemplo, Preámbulo de la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, incluyendo a los agentes diplomáticos), así como aquel que se refiere a “la paz y seguridad internacionales”. *Vid.* en este sentido, las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas S/RES/2083 (2012), de 17 de diciembre; S/RES/1989 (2011), de 17 de junio; S/RES/1988 (2011), de 17 de junio; S/RES/1963 (2010), de 20 de diciembre; S/RES/1904 (2009), de 17 de diciembre; S/RES/1822 (2008), de 30 de junio; S/RES/1787 (2007), de 10 de diciembre; S/RES/1735 (2006), de 22 de diciembre; S/RES/1624 (2005), de 14 de septiembre; S/RES/1618 (2005), de 4 de agosto; S/RES/1617 (2005), de 29 de julio; S/RES/1611 (2005), de 7 de julio; S/RES/1566 (2004), de 8 de octubre; S/RES/1535 (2004), de 26 de marzo; S/RES/1526 (2004), de 30 de enero; S/RES/1456 (2003), de 20 de enero; S/RES/1455 (2003), de 17 de enero; S/RES/1516 (2003), de 20 de noviembre; Anexo de la Resolución S/RES/1456 (2003), de 20 de enero, que incluye una Declaración adjunta sobre la cuestión de la lucha contra el terrorismo; S/RES/1140 (2002), de 24 de octubre; S/RES/1438 (2002), de 14 de octubre; S/RES/1373 (2001), de 28 de septiembre; S/RES/1368 (2001), de 12 de septiembre; Anexo de la Resolución S/RES/1377 (2001), de 12 de noviembre, que contiene una Declaración adjunta sobre la acción mundial para combatir el terrorismo, así como aquél que, en relación con los representantes diplomáticos, ubica las “buenas relaciones entre las naciones”.

sirve para suministrar medios y recursos durante la planificación y logística de los actos, actividades, métodos y prácticas terroristas.

2. Particularidades del financiamiento del terrorismo y la justificación de su persecución penal

Aunque el soporte financiero es un pilar fundamental para el desarrollo y mantenimiento de la estrategia terrorista en todo su contexto, y muy a pesar de que la prevención, incriminación y castigo de la financiación del terrorismo afectan, debilitan o inclusive eliminan el funcionamiento del aparato logístico y de planificación implementado por los autores de esta clase de delincuencia, y ello, por supuesto, sumado a que las acciones antiterroristas adoptadas en este concreto sentido implican un adelantamiento de las líneas de defensa estatales que permite evitar la preparación o comisión de otros delitos de terrorismo de resultado material o de peligro, lo cierto es que las medidas penales y de persecución criminal en esta materia no gozan, contrariamente a lo que sucede con otras formas de criminalidad terrorista, de un gran arraigo en el marco jurídico internacional. Al menos así lo refleja la plataforma normativa antiterrorista de las Naciones Unidas, que constituye un referente legal en materia de prevención, tipificación penal, perse-

cución y castigo de los actos, actividades, métodos y prácticas terroristas.

Y es que después de concretarse 11 convenciones internacionales en el marco de las Naciones Unidas sobre variadas modalidades del terrorismo, y tras reconocerse la urgente necesidad de mejorar la cooperación internacional para prevenir su financiación y crear un instrumento jurídico apropiado,⁴⁷ el 10 de enero de 2000 por fin se firmaba la Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo.⁴⁸ Su influencia ha sido determinante, pues a ella se ciñen otros instrumentos que se han encargado de fijar las bases para la prevención, la tipificación penal y persecución de las actividades de financiamiento del terrorismo,⁴⁹ o bien que se han centrado en hacer recomendaciones generales sobre ciertas precauciones y acciones a tomar por parte de los Estados contra la financiación del terrorismo, así como respecto a la forma de proceder para detectar e impedir las actividades de dicha naturaleza.⁵⁰

Es verdad que con anterioridad a la consolidación de esta Convención internacional, las Naciones Unidas ya advertían de la importancia de la cuestión, aunque no lo es menos que, en principio, desde esta perspectiva, y atendiendo a una realidad distinta a la que se ha venido dando en los últimos años, se ponía el acento en los actos y actividades de financiación del terrorismo procedentes de los Estados.⁵¹ Dicha preo-

⁴⁷ Así se ponía de relieve, por ejemplo, en la resolución de la Asamblea General A/RES/53/108, de 26 de enero, en la que se tomó la decisión de que el Comité Especial establecido en virtud de la resolución 51/210 de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1996, elaborara un proyecto de convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo que complementara los instrumentos internacionales conexos existentes sobre la materia.

⁴⁸ Cuyo contenido puede verse en la resolución de la Asamblea General A/RES/54/109, de 25 de febrero de 2000.

⁴⁹ Si bien de manera regional, y tomando como base la Convención de las Naciones Unidas, se concertó la Convención Interamericana contra el Terrorismo, aprobada en sesión plenaria de la Asamblea General de la Organización de Estados Interamericanos del 3 de junio de 2002 [AG/RES.1840 (XXXII-O/02)], de cuyo contenido, a los efectos de este epígrafe, cabe considerar el artículo 1, el inciso j) del párrafo 1 del artículo 2, así como el artículo 4, relativo a las medidas para prevenir, combatir y erradicar la financiación del terrorismo. Por su parte, la Unión Europea adoptaba la Posición Común del Consejo, de 27 de diciembre de 2001, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo [(2001/931/PESC); *Diario Oficial* núm. L 344 de 28/12/2001, p. 0093 – 0096], así como el Reglamento del Consejo de 27 de diciembre de 2001, sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo [Reglamento (CE) núm. 2580/2001; *Diario Oficial* núm. L 344 de 28/12/2001 p. 0070 – 0075]. Ni qué decir de la Convención del Consejo de Europa núm. 198, sobre el blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y sobre la financiación del terrorismo, de 16 de mayo de 2005.

⁵⁰ En este sentido, muy importantes han sido las Cuarenta Recomendaciones desarrolladas por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), dentro de las que se integran algunas especiales sobre la financiación del terrorismo, de manera que se puede decir que conforman un marco básico dirigido a la prevención y supresión de esta vertiente del actuar terrorista.

⁵¹ Porque, además, la abstención por parte de los Estados a financiar actos de terrorismo constituye una obligación jurídica internacional que deriva de la Carta de las Naciones Unidas. Tanto es así que ya desde la Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y, particularmente, a propósito del terrorismo de Estado, en el párrafo segundo del principio relativo a la obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta, se imponía a los Estados la obligación de abstenerse de organizar, apoyar, fomentar, financiar [...] actividades terroristas encaminadas a cambiar por la violencia el régimen de otro Estado (*vid.* resolución de la Asamblea General 2625 –XXV–, de 24 de octubre de 1970). En el mismo sentido, *vid.* la Declaración sobre el mejoramiento de la eficacia del principio de la abstención de la amenaza o de la utilización de la fuerza en las relaciones internacionales y, especialmente, el apartado 6

Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo

cupación no sólo no ha cesado⁵² sino que se ha extendido a los agentes no estatales⁵³ y, de hecho, también se ha generado a causa de las conexiones existentes en este sentido entre algunos Estados y ciertos individuos, grupos, organizaciones o redes terroristas.⁵⁴

A partir de lo anterior, es posible establecer dos aspectos evidentes y fundamentales para nuestro asunto. Y es que de ello resulta, en primer lugar, que la financiación del terrorismo, como ciertamente ocurre con todas las vertientes de este fenómeno criminal, es algo que puede ser atribuible tanto a actores estatales como a los que no lo son; y, en segundo lugar, que no sólo deriva en aportaciones económicas y materiales para sufragar actos de terrorismo, sino también, y entre otras cosas, en brindar refugio y apoyo logístico a los terroristas. En efecto, más allá del suministro de recursos financieros y materiales, como el abasteci-

miento de armamento y explosivos, el financiamiento del terrorismo abarca la provisión de los medios necesarios para llevar a cabo actividades como las relativas al entrenamiento, formación, protección, alojamiento y mantenimiento de terroristas. En este sentido, no hay que olvidar que la planificación de atentados terroristas requiere una preparación muy diversa, y en muchos casos especializada, que puede durar años⁵⁵ y que, tras su perpetración, lo común es que la organización terrorista a la cual pertenecen los autores se encargue de garantizarles refugio seguro si antes no son detenidos por la policía o si no han muerto en la operación. En fin, como bien ha dicho Laqueur, los terroristas modernos no viven únicamente del entusiasmo, necesitan grandes cantidades de dinero⁵⁶ y, como por su parte apuntan De la Corte Ibáñez y Jordán, por mucho que suelen llevar un estilo de vida austero (como

de este instrumento jurídico ubicado en la Sección I, donde se establecen las obligaciones que impone el Derecho internacional a los Estados de abstenerse de organizar, instigar y apoyar en otros Estados actos [...] terroristas [...] o de dar su consentimiento para la realización de actividades organizadas dentro de sus territorios que apunten a la comisión de dichos actos (*vid.* resolución de la Asamblea General 42/22, de 18 de noviembre de 1987). Se acogen a ambos instrumentos jurídicos, por ejemplo, las resoluciones de la Asamblea General 34/145, de 17 de diciembre de 1979; 38/130, de 19 de diciembre de 1983; 40/61, de 9 de diciembre de 1985; 42/159, de 7 de diciembre de 1987; 44/29, de 4 de diciembre de 1989; 46/51, de 9 de diciembre de 1991, inciso a) del párrafo 5 de la Sección I del Anexo de la resolución A/RES/49/60, de 17 de febrero de 1995, titulado Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional. En idéntico sentido, *vid.* la resolución del Consejo de Seguridad S/RES/1189 (1998), de 13 de agosto.

⁵² Como se desprende de las resoluciones de la Asamblea General A/RES/53/108, de 26 de enero de 1999, y A/RES/55/158, de 30 de enero de 2001, en las que se vuela a recordar a los Estados su obligación de abstenerse de adiestrar a terroristas, financiar o alentar actividades terroristas o apoyarlas por cualquier otro medio, así como de las resoluciones de este mismo órgano de las Naciones Unidas A/RES/56/88, de 24 de enero de 2002, A/RES/57/27, de 15 de enero de 2003, A/RES/58/81, de 8 de enero de 2004, A/RES/59/46, de 16 de diciembre de 2004, A/RES/60/43, de 6 de enero de 2006, A/RES/61/40, de 18 de diciembre de 2006, A/RES/62/71, de 8 de enero de 2008; y ello, siquiera sea porque en ellas se reafirma el contenido de la Resolución A/RES/49/60, de 17 de febrero de 1995. En el mismo sentido, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, *vid.* resolución S/RES/1373 (2001).

⁵³ En este sentido, *vid.* la resolución de la Asamblea General A/RES/51/210, de 16 de enero de 1997, en cuyo párrafo 3, inciso f), se exhortaba a los Estados a que adoptaran nuevas medidas, como la de prevenir y contrarrestar, mediante acciones internas apropiadas, la financiación de terroristas y de organizaciones terroristas, ya fuera que se hiciera de manera directa o indirecta, por conducto de asociaciones que tuvieran además o que proclamaran tener objetivos caritativos, sociales o culturales, o que realizaran también actividades ilícitas, como el tráfico de drogas, la venta de estupefacientes y asociaciones ilícitas, incluida la explotación de personas, a fin de financiar actividades terroristas y, en particular, a que consideraran, en su caso, la adopción de medidas regulatorias para prevenir y contrarrestar los movimientos de fondos que se sospechara se hicieran con fines terroristas. A la cuestión se le dio mayor interés, sobre todo a raíz de que el terrorismo de *Al-Qaeda* se proyectó contra los Estados Unidos de América. En efecto, las reacciones internacionales en este sentido, en buena medida, vinieron motivadas por los atentados cometidos por dicha red terrorista contra las embajadas estadounidenses de Kenia y Tanzania en 1998. Así lo evidencia, por ejemplo, la resolución de Consejo de Seguridad S/RES/1333 (2000), de 19 de diciembre, en la que, entre otras cosas, se decidía que todos los Estados debían adoptar nuevas medidas para congelar sin demora los fondos y otros activos financieros de *Osama Bin Laden* y de las personas y entidades asociadas con él, incluidos los de la organización *Al-Qaeda* y los fondos dimanantes u obtenidos de bienes poseídos o controlados directa o indirectamente por *Osama Bin Laden* y las personas o entidades con él asociados, y velar porque esos fondos o recursos financieros no fueran utilizados [...]. Más extensa y contundente sobre ciertas medidas por adoptar para afrontar la financiación del terrorismo fue la resolución S/RES/1373 (2001), de 28 de septiembre de 2001, que fue emitida en respuesta a los atentados del 11 de septiembre.

⁵⁴ Un ejemplo de ello lo constituye la resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones 748 (1992), de 31 de marzo, emitida a propósito de los atentados cometidos contra las aeronaves de los vuelos 103 de Pan Am y 772 de la Compañía *Union de Transports Aériens* [operaciones terroristas que, como se desprende de la resolución del Consejo de Seguridad 731 (1992), de 21 de enero, se atribuyeron a funcionarios del gobierno libio], en cuyo contenido se decidía que el gobierno de Libia debía comprometerse definitivamente a poner fin a todas las formas de acción terrorista y a toda la asistencia a grupos terroristas, y que, además, debía demostrar, mediante actos concretos, su renuncia al terrorismo.

⁵⁵ En este sentido, Gunaratna, R., *Al Qaeda. Viaje al interior del terrorismo islamista*, trad. de Harris, S.T., Servi Doc, Barcelona, 2003, p. 122, que refiere que *Al-Qaeda* nunca puede operar en el aislamiento, debido a que montar una operación terrorista requiere un apoyo financiero y técnico-logístico que a menudo tiene que ser preparado en el lugar unos años antes.

⁵⁶ Laqueur, W., *Terrorismo*, trad. de López Muñoz, Espasa-Calpe, Madrid, 1980, p. 130.

los *yihadistas*), lo cierto es que la financiación resulta indispensable para la pervivencia de su proyecto.⁵⁷

Así pues, lo que justifica la lucha contra la financiación del terrorismo no radica tanto en el valor intrínseco del dinero como en las posibilidades que éste proporciona a las organizaciones terroristas. Éstas requieren fondos, sus miembros necesitan entrenamiento, viajar, precisan de pisos francos, moverse constantemente, dinero para vivir, equipamiento y material para planear y cumplimentar su finalidad delictiva.⁵⁸ En fin, más allá de detenciones individuales o de la decapitación de los líderes terroristas, la desarticulación de la estructura terrorista exige centrar los esfuerzos en detectar y golpear las vías por donde circula el dinero, pero también en el descubrimiento y en el bloqueo de sus fuentes de financiamiento,⁵⁹ lo cual, y con la misma importancia, ha de acompañarse de la eliminación del espacio que los terroristas ocupan para planificar, entrenar y ejecutar atentados.⁶⁰ No obstante, hay quien ha sostenido que, por mucho que se consiguiera una acción bien coordinada en el plano internacional, ello solamente serviría para mitigar el problema y no para controlarlo totalmente.⁶¹

En este contexto, la estrategia de investigación no sólo debe centrarse en transacciones de dinero a grandes escalas o en operaciones más o menos complejas que se desarrollen en los ámbitos financieros que

contengan muchos candados de seguridad, por cuanto existen otros métodos que despiertan menos sospecha y nunca pasarán por los filtros que suelen utilizar los gobiernos en los sistemas financieros. Por ejemplo, la financiación del terrorismo puede llevarse a cabo a través de estrategias domésticas menos elaboradas, mediante otras que se planifican con tal hermetismo o control sectorial que anulan o por lo menos complican la penetración de las fuerzas policiales, y por otras más que implican un suministro económico a cuentagotas por muchas y muy diversas vías que dificultan su detección. Así lo ha demostrado la muy debilitada, que no eliminada, red terrorista *Al-Qaeda*, cuyo sofisticado y bien planificado marco operativo⁶² multidimensional,⁶³ flexible,⁶⁴ ubicuo,⁶⁵ horizontal y descentralizado⁶⁶ tiene un claro reflejo en el dispositivo de financiación que han empleado los líderes, miembros y grupos u organizaciones terroristas que la conforman o que comparten su estrategia criminal de alcance global.

Con el ánimo de ofrecer sólo algunas variantes criminológicas de la cuestión, se puede decir que la financiación de terrorismo se articula por muy diferentes canales y entraña la recaudación de bienes, la inversión de los mismos, su distribución y almacenamiento. Las formas de obtención varían en función de las circunstancias que enfrente la organización terrorista y del escenario en que opere, de manera

⁵⁷ De la Corte Ibáñez, L., y Jordán, J., *La yihad terrorista*, Síntesis, Madrid, 2007, p. 223.

⁵⁸ Abuza, Z., “Cómo se financia el terrorismo islamista: la experiencia del sudeste asiático”, en AA.VV., *El nuevo terrorismo islamista. Del 11-S al 11-M*, trad. de Barriuso, J., coord. de Reinares, F., y Elorza, A., Temas de Hoy, Madrid, 2004, p. 229.

⁵⁹ Cfr. Gunaratna R., *Al Qaeda... Viaje al interior...*, op. cit., pp. 130 y 131.

⁶⁰ Abuza, Z., “Cómo se financia...”, op. cit., p. 229.

⁶¹ Cfr. Gunaratna R., *Al Qaeda... Viaje al interior...*, op. cit., p. 131.

⁶² Que se diseñó sobre la base de la estructura operacional de la *Maktab Al Khidmat (Jidimat) Il Mujahidin Al-Arab o Afgan Service Bureau* (Agencia de Servicio Afgana), que fue fundada por *Abdullah Azzam* y *Osama Bin Laden* con el objeto de promover, coordinar, apoyar y financiar una campaña multinacional para contener la guerra antisoviética en Afganistán, que culminó con la expulsión del ejército soviético en el año de 1989. Estos dos líderes de la guerra antisoviética, con superioridad de *Azzam*, pusieron en marcha una estrategia de alcance global de promoción y reclutamiento, pero también de recaudación de fondos que tuvo el apoyo de diferentes sectores y miembros de la comunidad árabe y musulmana distribuidos por el mundo, al igual que de gobiernos de ciertos Estados que seguramente estaban interesados en impedir la expansión del régimen soviético. De hecho, se habla de una red conformada por decenas de oficinas ubicadas en diversos países y, muchas de ellas, en ciudades norteamericanas (sobre ello, vid. Merino Herrera, J., *Al-Qaeda: una compleja manifestación del terrorismo internacional*, Inacipe, México, 2015, pp. 34 y ss.; Sageman, M., *Understanding Terror Networks*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, p. 35; Gunaratna, R., *Al Qaeda...*, op. cit., pp. 18-20, 74-78 y 116; del mismo autor, “La amenaza de Al Qaeda tras los atentados de Madrid”, en AA.VV., *El nuevo terrorismo islamista. Del 11-S al 11-M*, Temas de Hoy, Madrid, 2004, pp. 82 y 83; Jordán, J., *Profetas del miedo. Aproximación al terrorismo islamista*, Eunsa, Navarra, 2004, pp. 99-101; Burke, J., *Al Qaeda. La verdadera historia del islamismo radical*, trad. de Pérez, Á., y Álvarez, J.M., RBA, Barcelona, 2004, pp. 99-101 y 128; Reinares, F., “Al Qaeda, Neosalafistas Magrebies y 11-M: sobre el nuevo terrorismo islamista en España”, en AA.VV., *El nuevo terrorismo islamista. Del 11-S al 11-M*, Temas de Hoy, Madrid, 2004, p. 21; De la Corte Ibáñez, L., y Jordán, J., *La yihad...*, op. cit., pp. 117-120).

⁶³ Así Gunaratna, R., “La amenaza...”, op. cit., pp. 84 y 85.

⁶⁴ Así Gunaratna, R., “La amenaza...”, op. cit., pp. 80 y 86; Jordán, J., *Profetas del miedo...*, op. cit., p. 158; Merlos, A., *Al Qaeda. Raíces y metas del terror global*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2006, p. 91.

⁶⁵ Así Merlos, A., *Al Qaeda...*, op. cit., p. 83.

⁶⁶ Así Merlos, A., *Al Qaeda...*, op. cit., p. 90; Jordán, J., *Profetas del miedo...*, op. cit., p. 158. Sobre el concepto de red terrorista, vid. Merino Herrera, J., *Al-Qaeda...*, op. cit., pp. 79 y ss.

Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo

que la obtención de recursos puede conseguirse mediante actividades que van de la comisión de delitos –secuestro, extorsión, tráfico de drogas, protección a traficantes, fraudes bancarios, obtención de créditos con documentos falsos–, pasando por el empleo de actividades o empresas pantalla en diversos ramos –por ejemplo, servicios inmobiliarios, venta de automóviles, piedras preciosas y productos básicos–, organizaciones sin fines de lucro –ONG que pueden servir para financiar el terrorismo y para escapar de las sanciones, o bien para esconder u ocultar el desvío de fondos– e inversiones en el sistema financiero, hasta llegar a donaciones de diferentes maneras. Lo recursos recabados por éstas y otras vías pueden transferirse a través de mensajeros o transportistas de dinero, que se mueven con pequeñas cantidades de un lugar a otro, o bien, echando mano de otras estrategias con escasas posibilidades de levantar sospecha, como ocurre con las tarjetas de prepago, tarjetas de débito compartidas o mediante ventas ficticias por Internet, a lo que cabe añadir la utilización de sistemas alternativos de remesas y la banca móvil, de la misma forma que la compleja fusión que se da entre el lavado de dinero y la financiación de terrorismo.⁶⁷ En este contexto, no tienen menos importancia las facilidades que ofrece la arena internacional para que la redes criminales convivan y establezcan pactos de reciprocidad, a tal punto que no es posible descartar que la

delincuencia terrorista pueda tener vínculos con uno o con diferentes sectores delictivos como el tráfico y acopio de armas, los delitos contra la salud y la trata de personas.

3. Estrategia multilateral contra la financiación del terrorismo

3.1. Aspectos de Derecho penal

El referente sobre la tipificación penal de la financiación del terrorismo se halla en el artículo 2 de la Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo, que se desarrolla en los siguientes términos:

1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer:

a) Un acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo y tal como esté definido en ese tratado.⁶⁸

b) Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el

⁶⁷ En relación con estas formas de financiación del terrorismo, *vid.* Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Quinto informe del equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de las sanciones establecido en virtud de las resoluciones 1526 (2004) y 1617 (2005) del Consejo de Seguridad relativas a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, doc. S/2006/750, de 20 de septiembre de 2006, pp. 23 y ss.; “Informe del equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de las sanciones presentado en cumplimiento de la resolución 1735 (2006) relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, doc. S/2008/324, de 14 de mayo de 2008, pp. 23 y ss.; “Noveno informe del equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de las sanciones presentado en cumplimiento de la resolución 1822 (2008) relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, doc. S/2009/245, de 13 de mayo de 2009, pp. 22 y ss.; “Décimo informe del equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de las sanciones presentado de conformidad con la resolución 1822 (2008) del Consejo de Seguridad, relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, doc. S/2009/502, de fecha 2 de octubre de 2009, pp. 24 y ss.; “11° Informe del equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de las sanciones establecido en virtud de la resolución 1526 (2004) del Consejo de Seguridad y cuyo mandato fue prorrogado por la resolución 1904 (2009) relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, doc. S/2011/245, de 13 de abril de 2011, pp. 19 y ss.; “Decimotercer informe del equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de las sanciones presentado en cumplimiento de la resolución 1989 (2011) relativa a Al-Qaida y las personas y entidades asociadas”, doc. S/2012/968, de 31 de diciembre de 2012, pp. 19 y ss.; “14° Informe del equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de las sanciones, presentado de conformidad con lo dispuesto en la resolución 2083 (2012), relativa a Al-Qaida y las personas y entidades asociadas”, doc. S/2013/467, de 2 de agosto de 2013, pp. 16 y ss.; “15° Informe del equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de las sanciones, presentado de conformidad con lo dispuesto en la resolución 2083 (2012), relativa a Al-Qaida y las personas y entidades asociadas”, doc. S/2014/41, de 23 de enero de 2014, pp. 13 y ss. Sobre ello, *vid.*, también, Abuza, Z., “Cómo se financia...”, *op. cit.*, p. 229.

⁶⁸ Un catálogo actualizado de este anexo debería incluir los 19 instrumentos multilaterales que a continuación se exponen: 1) “Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves”, firmado en Tokio, el 14 de septiembre de 1963 (*Vid. United Nations – Treaty Series*, núm. 10106, 1969, pp. 242 y ss.). 2) “Convenio de La Haya sobre represión del apoderamiento ilícito de aeronaves”, concertado el 16 de diciembre de 1970 (*Vid. United Nations – Treaty Series*, núm. 12325, 1973, pp. 123 y ss.). 3) “Convenio de Montreal sobre represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil”, de 23 de septiembre de 1971 (*Vid. United Nations – Treaty Series*, vol. 974, I – 14118, 1975, pp. 198 y ss.). 4) “Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos”, concertada en la Ciudad de Nueva York el 14 de diciembre de 1973 (*Vid. United Nations*

propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

Este precepto, que implica una parte vital de un convenio que solamente constituye un aspecto de las actividades de mayor alcance que se realizan para prevenir, detectar y reprimir la financiación y el apoyo del terrorismo,⁶⁹ también se complementa con una serie de medidas, criterios y decisiones que se han adoptado en ciertas resoluciones cuya emisión ha venido motivada por el terrorismo internacional y, en particular, por el estimulado por el extremismo islamista.

Aunque la preocupación de la comunidad internacional por la financiación de los actos, actividades,

métodos y prácticas de este tipo de terrorismo con trascendencia global ya venía manifestándose antes de los atentados del 11 de septiembre,⁷⁰ lo cierto es que dicha modalidad del terrorismo pasó a ocupar un lugar prioritario a raíz de que tuvieron lugar estos ataques contra los Estados Unidos. Así lo demuestra la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por medio de la cual se establecía que los Estados miembros debían adoptar medidas contra la financiación del terrorismo y contra otras formas de apoyo, como el reclutamiento y el suministro de armas. En particular, esta resolución, en el inciso b) de su apartado 1, prácticamente recoge la prescripción hecha por el apartado 1 del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas,⁷¹ al tiempo que subraya otras obligaciones de los Estados para

–*Treaty Series*, vol. 1035, I- 15410 (1977), pp. 191 y ss.). 5) “Convenio internacional contra la toma de rehenes”, de 17 de diciembre de 1979 (*Vid.* Anexo de la resolución de Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/34/146, de 17 de diciembre de 1979. *Vid.* también *United Nations – Treaty Series*. Vol. 1316, 1-221931 (1983), p. 239). 6) “Convención sobre la protección física de los materiales nucleares”, abierta a la firma en Viena y Nueva York el día 3 marzo de 1980 (*Vid.* *United Nations – Treaty Series*, vol. 1456, I – 224631, 1987, p. 152. *Vid.*, asimismo, documento del Organismo Internacional de Energía Atómica, Resolución GC (XXXIV)/RES/531). 7) “Protocolo hecho en Montreal de fecha 24 de febrero de 1988, para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, de 23 de septiembre de 1971” (*Vid.* *United Nations – Treaty Series*, vol. 1589, A – 14118,1990, p. 488). 8) “Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima”, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988 (*Vid.* *United Nations – Treaty Series*, vol. 1678, I – 29004, 1992, p. 262. De la Organización Marítima Internacional, *vid.* documento SUA/CONF/15/Rev.2.). 9) “Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental”, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988 (*Vid.* *United Nations – Treaty Series*, vol. 1678, I – 29004, 1992, p. 324. De la Organización Marítima Internacional, documento SUA/CONF/16/Rev.2). 10) “Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección”, hecho en Montreal el 1º de marzo de 1991 (*Vid.* S/22393, anexo I. Véanse Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad, cuadragésimo sexto año, Suplemento para enero, febrero y marzo de 1991). 11) “Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas” (*Vid.* Anexo de la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/52/164, de 9 de enero de 1998. Ratificado por España mediante documento de 2 de abril de 1999). 12) “Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo”, firmado el 10 de enero de 2000 (*Vid.* Anexo de la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/54/109, de 25 de febrero de 2000). 13) “Enmienda de la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares”, hecha en Viena el 8 de julio de 2005, aprobada por la Conferencia para considerar y adoptar las enmiendas propuestas a la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares. 14) “Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear”, abierto a la firma el 14 de septiembre de 2005 (*Vid.* resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/59/290, de 13 de abril de 2005). 15) “Protocolo de 2005 relativo al Convenio para represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima”, hecho en Londres el 14 de octubre de 2005 (De la Organización Marítima Internacional, *vid.* doc. LEG/CONF.15/21, de 1º de noviembre de 2005). 16) “Protocolo de 2005 para el Protocolo para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas sobre la plataforma continental”, hecho en Londres el 14 de octubre de 2005 (De la Organización Marítima Internacional, *vid.* doc. LEG/CONF.15/22, de 1º de noviembre de 2005). 17) “Convenio para la represión de actos ilícitos relacionados con la aviación civil internacional, realizado en Beijing el 10 de septiembre de 2010”. 18) “Protocolo complementario del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves”, abierto a la firma el 10 de septiembre de 2010. 19) “Protocolo que modifica el Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves”, de fecha 4 de abril de 2014.

⁶⁹ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, “Guía legislativa de las convenciones, los convenios y los protocolos universales contra el terrorismo”, Naciones Unidas, Nueva York, 2004, p. 26.

⁷⁰ Tal y como lo muestran las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas S/RES/1267 (1999), de 15 de octubre; S/RES/1269 (1999), de 19 de octubre; S/RES/1333 (2000), de 19 de diciembre.

⁷¹ De este modo, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, mediante la resolución 1373 (2001): “1. Decide que todos los Estados [...] b) Tipifiquen como delito la provisión o recaudación intencionales, por cualesquiera medios, directa o indirectamente, de fondos por sus nacionales o en su territorio con la intención de que dichos fondos se utilicen, o con conocimiento de que dichos fondos se utilizarán, para perpetrar actos de terrorismo [...] 2. Decide también que los Estados [...] e) Aseguren el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos, y aseguren que, además de cualquiera otras medidas de represión de esos actos que se adopten, dichos actos queden tipificados como delitos graves en las leyes y otros instrumentos legislativos internos y que el castigo que se imponga corresponda a la gravedad de esos actos de terrorismo”.

Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo

atacar el soporte financiero y otra clase de apoyos al terrorismo.⁷²

De la misma forma que lo hace la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, los tratados de alcance regional⁷³ y las recomendaciones del GAFI⁷⁴ se ciñen a la descripción típica que recoge el antes reproducido artículo 2 del Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, de suerte que así se estandariza el criterio de que la financiación del terrorismo se configure como un delito eminentemente doloso que, como mínimo, abarque las alternativas de “proveer” o “recolectar” fondos⁷⁵ con la intención de que éstos se utilicen, o inclusive con el mero conocimiento de que serán empleados, en todo o en parte, para cometer delitos previstos en la plataforma normativa antiterrorista de las Naciones Unidas o cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves, siempre que en este último caso el propósito de sus autores, por su naturaleza o contexto, se oriente a intimidar a una población u obligar a un gobierno o a alguna organización internacional a ejecutar un acto o abstenerse de hacerlo.

Cabe observar que la recomendación 5 del GAFI da cuenta del sentido y alcances del artículo 2 de la convención de las Naciones Unidas. Esencialmente, en dicha recomendación se aclara que los Estados deben tipificar no solamente el financiamiento de actos terroristas concretos, sino también el financiamiento de organizaciones terroristas y terroristas individuales, y esto último, aun en ausencia de un vínculo con un acto o actos terroristas específicos.⁷⁶ Precisamente ese fue el criterio que adoptó el artículo 139 quáter del Código Penal federal, siendo que, como ha quedado sentado, abarca las actividades de “recaudar” o “aportar” fondos económicos o recursos de cualquier

naturaleza con el mero conocimiento de que serán destinados a financiar o apoyar la estrategia de individuos u organizaciones terroristas, pero también con el objeto de que sean utilizados, para sufragar una serie de delitos muy concretos que se describen en dos fracciones de su contenido.

Otro criterio que adopta el artículo 139 quáter del Código Penal federal de la regulación internacional radica en que, con independencia del supuesto que se actualice, esto es, “recaudar” o “aportar”, ni siquiera será necesario que los fondos hayan sido utilizados, bastará con que se materialicen los actos (proveer o recolectar) con el conocimiento o voluntad descritos.⁷⁷ Dicho esto en los términos del GAFI: “los delitos de financiamiento del terrorismo no deben exigir que los fondos [...] hayan sido realmente utilizados para realizar un acto terrorista o intentar un acto terrorista, inclusive ni siquiera deben requerir que estén ligados a un acto terrorista específico”.⁷⁸

En estas condiciones, los verbos “proveer” o “recolectar” consumen la financiación del terrorismo, lo que cerraría la puerta a la posibilidad de que esta clase de conductas se sancionen a título de mera inducción, tentativa o actos preparatorios a la comisión de los delitos de terrorismo. De hecho, ello es tenido en cuenta por la nota interpretativa 3 de la recomendación 5 del GAFI, cuando establece que “la tipificación del financiamiento del terrorismo únicamente sobre la base de la instigación, el intento o la conspiración no es suficiente”. Esa percepción internacional sobre la autonomía de la financiación del terrorismo se corrobora con el hecho de que el convenio de las Naciones Unidas prevea, en torno a las conductas consumativas de “recaudación” o “suministro” con la finalidad o conocimiento descritos, la punición sobre diversas

⁷² Siguiendo la línea marcada por la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad, también se emitieron las resoluciones S/RES/1526 (2004), de 20 de noviembre; S/RES/1617 (2005), de 29 de julio; S/RES/1735, de 22 de diciembre, y S/RES/1822 (2008), de 30 de junio.

⁷³ *Vid.* inciso j) del apartado 1 del artículo de la Convención interamericana contra el terrorismo; inciso h) del artículo 1 del Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y sobre el financiamiento del terrorismo.

⁷⁴ Particularmente la recomendación 5.

⁷⁵ A estos efectos, en el concepto de “fondos” se integran “los bienes de cualquier tipo, tangibles o intangibles, muebles o inmuebles, con independencia de cómo se hubieran obtenido, y los documentos o instrumentos legales, sea cual fuere su forma, incluida la forma electrónica o digital, que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos bienes, incluidos [...] créditos bancarios, cheques de viajero, cheques bancarios, giros, acciones, títulos, obligaciones, letras de cambio y cartas de crédito” (*Vid.* artículo 1.1. de la Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo).

⁷⁶ *Cfr.* la Recomendación 5, que se integra en el inciso C) sobre “Financiamiento del terrorismo y financiamiento de la proliferación”, con su respectiva nota interpretativa. En este mismo estándar internacional se pone de relieve la necesidad de que los países aseguren que los delitos de financiación del terrorismo sean designados como delitos determinantes del lavado de activos.

⁷⁷ *Vid.* apartado 3 del artículo 2 de la Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo.

⁷⁸ *Vid.* nota interpretativa 5 de la recomendación 5.

formas de autoría —como es el caso de quien organiza la comisión del delito o dé órdenes a otros para cometerlo— y participación —complicidad—, así como respecto de la tentativa.⁷⁹

A lo anterior debe agregarse la previsión del convenio de las Naciones Unidas de sancionar cualquier contribución a un grupo de personas cuya actividad delictiva o fines puedan implicar la financiación del terrorismo, lo que habrá de configurarse si, de forma intencionada, ello se hace con el propósito de facilitar la actividad o los objetivos de la organización o incluso si la contribución se hace con el simple conocimiento de esta intención de los miembros del grupo de financiar el terrorismo.⁸⁰

Pues bien, todas las conductas descritas, según se desprende del convenio de las Naciones Unidas sobre financiación del terrorismo, deben ser sancionadas con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su carácter grave⁸¹ y, en ningún caso, deberá justificarse su comisión por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar.⁸²

Esa garantía de castigo en las condiciones expuestas se trata de fortalecer aún más con el hecho de que se enfatice el compromiso de los Estados signatarios de la convención de las Naciones Unidas de incluir los delitos de financiación del terrorismo dentro de aquellos que, de cualquier forma, den lugar a la extradición,⁸³ lo que conecta con el criterio internacional consolidado en materia antiterrorista de no otorgar a este tipo de conductas delictivas el carácter de delito político, delito conexo a un delito político o delito inspirado en motivos políticos, pues queda claro que una concesión de esta naturaleza por lo menos entorpecería la investigación, enjuiciamiento y reproche penal, puesto que en este contexto de represión penal multilateral se asume la idea de que los delitos políticos encuadran

aquellos supuestos en los que se incrimina la libertad de expresión y, por ende, nada tienen que ver con la violencia terrorista y su financiación. En definitiva, en esta base jurídica antiterrorista de las Naciones Unidas se resguarda el pleno ejercicio de la primera, a la par que, en consecuencia, se rechaza que precisamente la libre manifestación de las ideas por los cauces democráticos pueda relacionarse con el actuar terrorista. Desde esta perspectiva, por lo tanto, se bloquea todo intento de negar la extradición y la asistencia judicial recíproca por el delito de financiación del terrorismo con el argumento de que se trata de un delito político,⁸⁴ aunque también se integra la previsión legal de que se deniegue la entrega y dicha asistencia cuando una atribución de esta clase responda a la voluntad de perseguir a la persona por sus ideas políticas y por otras circunstancias. En este último sentido, queda bloqueada la obligación de cooperar si el Estado ante el que se presenta la solicitud tiene motivos para creer que ésta se ha hecho “con el fin de enjuiciar o castigar a una persona por motivos de raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opinión política, o que el cumplimiento de lo solicitado podría perjudicar la situación de esa persona por cualquiera de esos motivos”.⁸⁵

Por otra parte, debe señalarse que el convenio compromete a los Estados signatarios a imponer sanciones a las personas jurídicas cuando de alguna forma estén relacionadas con los delitos de financiación del terrorismo, sanciones que pueden ser penales, administrativas o civiles, y ello, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que puedan incurrir las personas físicas que a ellas pertenezcan y participen en el hecho. En todo caso, las sanciones que recaigan sobre las entidades jurídicas, que podrán ser de carácter monetario, deberán ser eficaces, disuasorias y proporcionadas.⁸⁶

⁷⁹ Vid. apartados 4 y 5 del artículo 2 de la Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo.

⁸⁰ Vid. inciso c) del apartado 5 del artículo 2 de la Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo, pero también inciso c) de la nota interpretativa 10 de la recomendación 5 del GAFI.

⁸¹ Vid. inciso b) del artículo 4 de la Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo, pero también la nota interpretativa 7 de la recomendación 5 del GAFI, que hace referencia a sanciones penales eficaces, proporcionales y disuasivas.

⁸² Vid. artículo 6 de la Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo.

⁸³ Vid. artículo 11 de la Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo.

⁸⁴ Vid. artículo 14 de la Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo. En este contexto, también se debe considerar el rechazo a brindar a la financiación del terrorismo el carácter de delito fiscal y que ello sirva como argumento para negar una solicitud de asistencia judicial recíproca o de extradición (Vid. artículo 13 de la Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo).

⁸⁵ Vid. artículo 15 de la Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo.

⁸⁶ Vid. artículo 5 de la Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo. Sobre ello *vid.*, también, la nota interpretativa 8 de la recomendación 5 del GAFI, así como la regulación que destina al efecto el artículo 10, en relación con el artículo 2, ambos del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo.

Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo

Este instrumento jurídico incluye, además, otras medidas que tienen que ver con la identificación y detección de todos los fondos utilizados para los objetivos señalados, así como otras de represión penal que son accesorias y privativas o restrictivas de bienes y derechos, esto es, el aseguramiento, incautación o decomiso de los medios económicos, materiales o de cualquier especie producto de los delitos o destinados para ellos. Asimismo, se prevé la instauración de medidas mediante las cuales los fondos procedentes de los decomisos se utilicen para indemnizar a las víctimas.⁸⁷

3.2. El carácter internacional de la financiación del terrorismo

En este contexto, conviene resaltar la internacionalidad de las modalidades de financiación del terrorismo que contempla el artículo 2 de la “Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo”, aspecto que puede verificarse si se recurre al artículo 3 de este mismo convenio, en el que, básicamente, se establece que éste no será aplicable cuando medien en el hecho los elementos cumulativos de que “el delito se haya cometido en un solo Estado, el presunto delincuente sea nacional de ese Estado y se encuentre en el territorio de ese Estado y ningún otro Estado esté facultado para ejercer la jurisdicción”. Ello quiere decir, por lo tanto, que el instrumento se aplicará si con el delito se afecta el orden interno de cuando menos dos Estados o si en su prevención, persecución y castigo como mínimo están involucrados dos Estados signatarios, de suerte que si no se da cualquiera de estas circunstancias queda en manos del Estado directa y únicamente afectado conocer del asunto y enjuiciar a los autores. En fin, en este caso encaja la idea de que el concepto normativo de terrorismo internacional abarca toda acción, práctica, táctica o estrategia de carácter terrorista que, por una u otra razón, vaya más allá de las fronteras de un Estado.⁸⁸

Lo anterior puede explicarse a partir de las alternativas que ofrece el artículo 7 de este convenio a los Estados signatarios para que establezcan su jurisdic-

ción. Esto es, este precepto obliga a los Estados parte a ejercer su jurisdicción sobre la base de los títulos de territorialidad —éste también en sus vertientes de los principios de pabellón y de matrícula— y personalidad activa,⁸⁹ facultándolos, a la vez, para que puedan hacerlo en función de los principios real o de protección de intereses, personalidad pasiva y alguna manifestación del principio de personalidad activa,⁹⁰ sin que me olvide de considerar que, de igual manera, se inserta el compromiso de los firmantes para instaurar su jurisdicción de conformidad con el principio de jurisdicción universal y, en particular, por conducto de la fórmula *aut dedere aut iudicare*⁹¹ y la jurisdicción universal facultativa.⁹²

Al margen de que se asuma la obligación de intervenir en unos casos, y de que en otros la cuestión quede en una mera facultad, de todos modos se crea una base jurídica que recurre al esquema clásico de la territorialidad y la extraterritorialidad de la ley penal para atender múltiples combinaciones. Así, por ejemplo, puede ocurrir que en el territorio de un Estado se haya realizado, por nacionales de otro, la recaudación de fondos que después se enviaron a un Estado diferente para sufragar atentados dirigidos a una embajada que se encuentra en el territorio de este último. Aquí tendrían la obligación de ejercer la jurisdicción los Estados en cuyo territorio se realizó tanto la recolección como la provisión, así como el Estado del que son nacionales los autores, mientras que, por virtud del principio real o de protección de intereses, el Estado representado por la embajada tendría la facultad de invocar su injerencia en el asunto. Por regla general, éste sería un supuesto de afectación al orden interno de varios Estados con el que aflora la internacionalidad de la financiación del terrorismo y, por lo tanto, con el que se habilita la aplicación de la Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo.

Otro supuesto habilitador en este sentido podría darse si el autor es detenido en un Estado diferente a aquel en que se cometió el delito o a aquel que invoque el ejercicio de la jurisdicción por cualquiera de los títulos que contempla el convenio. Ante ello se

⁸⁷ Vid. artículo 8 de la Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo.

⁸⁸ Alcaide Fernández, J., *Las actividades terroristas ante el Derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 53. Sobre ello, *vid.*, también, Merino Herrera, J., “Terrorismo internacional: rasgos esenciales de su configuración”, *Revista Penal México*, núm. 4, marzo de 2013, pp. 164 y ss.

⁸⁹ Vid. artículo 7.1 de la Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo.

⁹⁰ Vid. artículo 7.2 de la Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo.

⁹¹ Vid. artículos 7.4, 9.2 y 10 de la Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo.

⁹² Vid. artículo 7.6 de la Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo.

podrían dar dos soluciones con soporte en el instrumento jurídico, esto es, o se procede a la entrega o se opta por el enjuiciamiento. Lo primero se apoya en el deber de colaboración coordinada que, con algunas excepciones, asumen los Estados signatarios, dentro de lo que ocupa un papel relevante la obligación de extraditar a la persona señalada, de modo que las acciones incluyen, por ejemplo, la puesta en marcha de medidas por parte del Estado requerido para asegurar la presencia del culpable o presunto culpable para su extradición.⁹³ Ese compromiso de entrega motivado por una solicitud de extradición se acoraza con previsiones como la que recoge el criterio consolidado de que esta clase de delitos –tal y como se ha asumido respecto de los delitos de terrorismo en general– quedan incluidos dentro de aquellos sobre los que procede la extradición.⁹⁴

Junto a esta alternativa de entrega aparece la relativa a que se deniegue la extradición, lo que se resuelve con la fórmula *aut dedere aut iudicare*, o, lo que es igual, con la disyuntiva que obliga al Estado requerido a someter a la persona a sus propias autoridades para su enjuiciamiento si resuelve no entregarla. En este sentido, la redacción legal establece que “el Estado Parte en cuyo territorio se encuentre el presunto delincuente, si no procede a su extradición, estará obligado a someter sin demora indebida el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento [...] sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio”.⁹⁵

Pero, con independencia de la solución que dé el Estado de la detención, lo que aquí interesa destacar es el factor internacional de la persecución penal, pues, se proceda o no a la extradición, por lo menos en ello quedan involucrados dos Estados signatarios, desplegando, en consecuencia, su funcionalidad la “Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo”. El punto es que, sin perjuicio de la determinación que se pueda tomar al momento de definir qué Estado conocerá del enjuiciamiento

y castigo del culpable o presunto culpable, las circunstancias, por una u otra razón, requieren la injerencia de por lo menos dos Estados en las formas previstas por el instrumento jurídico materia de estudio, el cual, dicho sea de paso, incluye una serie de candados legales destinados a evitar que existan países que sirvan de refugio para quienes financien el terrorismo. Sirva como ejemplo que el hecho de que se niegue la extradición trae aparejada la obligación de juzgar y, en su caso, de sancionar de acuerdo con el carácter grave del delito; rigor punitivo que deberá imprimir todo Estado que, por la causa que sea, se encargue del enjuiciamiento.

De cualquier forma, las combinaciones que dotan de internacionalidad a la financiación del terrorismo pueden ser muy variadas, como sucede con el hecho de que el delito se cometa en más de un Estado, incluida su preparación, planificación u organización; o bien cuando las circunstancias llevan a que la detención de los responsables se haga en un Estado diferente a aquel o a aquellos que están facultados para ejercer su jurisdicción; o cuando se requiera de la injerencia de las autoridades de por lo menos dos Estados signatarios a efectos de colaboración policial y judicial, o cuando, en definitiva, las circunstancias obligan o facultan a varios Estados a establecer su jurisdicción.

Ahora bien, el hecho de que el inciso a) del apartado 1 del artículo 2 del convenio se remita a los delitos comprendidos en los tratados que enumera en su anexo, constituye un dato que permite hablar de financiación internacional del terrorismo internacional, puesto que, concretamente con respecto a este supuesto, a la internacionalidad exigible en la Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo habrá que sumar el requerimiento que también, en este sentido, recogen los restantes instrumentos jurídicos que conforman esta plataforma normativa antiterrorista de las Naciones Unidas.⁹⁶ Ello, sin embargo, convive con la alternativa que recoge el inciso b) del mismo apartado 1 del citado artículo 2, que se

⁹³ Vid. artículos 9.2. y 9.6 de la Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo.

⁹⁴ Vid. artículo 11 de la Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo.

⁹⁵ Vid. artículos 7.4 y 10.1 de la Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo.

⁹⁶ Vid., por ejemplo, artículo 3.3. del Convenio de La Haya sobre represión del apoderamiento ilícito de aeronave, concertado el 16 de diciembre de 1970; artículo 4.2. del Convenio de Montreal sobre represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de 1971; artículos 1, 4 y 6 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, elaborado en Roma el 10 de marzo de 1988; artículos 1, 2 y 3 del Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, elaborado en Roma el 10 de marzo de 1988; artículos 1, 5 y 13 de la Convención internacional contra la toma de rehenes, de 17 de diciembre de 1979; artículos 1, 2, 3 y 6 del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas.

Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo

conforma con la internacionalidad en la financiación y que al mismo tiempo exige que ésta se centre en cierta clase de delitos, esto es, delitos graves contra la vida y la integridad de las persona cuya comisión venga motivada por el propósito “[...] de intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo [...]”. Es cierto que la afectación que pueda sufrir la organización internacional podría dotar al hecho de la internacionalidad de la financiación para acciones de terrorismo internacional.

3.3. Más allá de la tipificación penal

3.3.1. El enfoque basado en el riesgo

Aunque esta estrategia multilateral contra el financiamiento del terrorismo tiene su base jurídica más extendida en la “Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo”, la interpretación y alcances de la regulación que ésta dedica a las medidas de prevención e identificación del financiamiento del terrorismo también pueden extraerse de otros referentes de carácter internacional. En efecto, la persecución penal que se desarrolla en este contexto se complementa, a la par de lo previsto por este instrumento jurídico, con una serie de estándares y decisiones que se han adoptado en el marco de las Naciones Unidas y en otros organismos como el Grupo de Acción Financiera Internacional. A estos efectos, se convierten en importantes indicadores algunas resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que han venido motivadas por el terrorismo internacional de corte islamista, de la misma forma que resultan cruciales las recomendaciones del GAFI.

Lo anterior puede abordarse a partir de la obligación que, de conformidad con los propósitos y principios

consagrados en la Carta de las Naciones Unidas y demás normas de Derecho internacional, tienen los Estados de abstenerse de organizar, instigar, apoyar, fomentar, financiar o tolerar actos de terrorismo (dirigidos a cambiar por la violencia el régimen de otro Estado),⁹⁷ al igual que la relativa a reprimir el terrorismo en todas sus formas y manifestaciones,⁹⁸ incluida, como es lógico, la financiación del terrorismo en sus diferentes proyecciones.⁹⁹ A este postulado internacional de que “los Estados deberán prevenir y reprimir la financiación de los actos terroristas y abstenerse de proporcionar cualquier tipo de apoyo, activo o pasivo, a las entidades o personas implicadas en actos terroristas”,¹⁰⁰ también se da cobertura a través del artículo 18 de la “Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo”, y ello, porque en su contenido se concentran una serie de medidas de prevención que deberán articular los Estados signatarios para impedir que tanto dentro como fuera de sus territorios se cometan delitos de financiación del terrorismo.

Se puede decir que en el artículo 18 de referencia se incorpora una muy genérica base jurídica de ciertas medidas torales de la estrategia operativa que los países deben regular y poner en marcha contra la financiación del terrorismo. Más que considerar que este precepto integra un inciso a) que, en realidad, conecta con la obligación internacional considerada en el párrafo anterior, en el sentido de que los Estados deben prevenir y reprimir todo acto de promoción, inducción, planificación o comisión de la financiación del terrorismo, sobre todo conviene tener en cuenta su inciso b), puesto que en él queda previsto el compromiso de los signatarios de articular una estructura legal y operativa que permita detectar en ámbitos como los financieros, bancarios, empresariales, comerciales o de mercado, circulación o intercambio de capitales, bienes o servicios, toda transacción que,

⁹⁷ Como se enfatiza, por ejemplo, en el párrafo 2º del principio relativo a la obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta, que se integra en la “Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”. *Vid.* Anexo de la Resolución de la Asamblea General 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970.

⁹⁸ Como se desprende, por ejemplo, de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/60/1 de 24 de octubre de 2005, p. 24; A/RES/60/288, de 8 de septiembre de 2006, pp. 1 y 3. Esta obligación también se refleja en las resoluciones del Consejo de Seguridad S/RES/1368 (2001), de 12 de septiembre; S/RES/1535 (2004), de 26 de marzo de 2004; S/RES/1566 (2004), de 8 de octubre.

⁹⁹ Como cabe extraerlo, por ejemplo, de las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas S/RES/1373 (2001), de 28 de septiembre; S/RES/1377 (2001), de 10 de mayo; S/RES/1526 (2004), de 30 de enero; S/RES/2133 (2014), de 27 de enero; S/RES/1735 (2006), de 22 de diciembre; S/RES/1904 (2009), de 17 de diciembre; S/RES/1989 (2011), de 17 de junio; S/RES/2082 (2012), de 17 de diciembre; S/RES/2083 (2012), de 17 de diciembre; S/RES/2160 (2014), de 17 de junio; S/RES/2161 (2014), de 17 de junio; S/RES/2170 (2014), de 15 de agosto; S/RES/2178 (2014), de 24 de septiembre; S/RES/2199 (2015), de 12 de febrero.

¹⁰⁰ Como lo retoman de la resolución S/RES/1373 (2001), de 28 de septiembre, las resoluciones S/RES/2170 (2014), de 15 de agosto; S/RES/2133 (2014), de 27 de enero. En idéntico sentido, la resolución S/RES/1189 (1998), de 13 de agosto.

directa o indirectamente, se dirija a la financiación del terrorismo. En particular, este esquema de prevención se bifurca para asegurar en los planos locales, por un lado, la “identificación” de todas las personas –físicas o jurídicas– que puedan actuar como clientes en estos sectores susceptibles de ser instrumentalizados para sufragar el terrorismo,¹⁰¹ mientras que, del otro, un riguroso “control” o “seguimiento” de las operaciones que en esos ámbitos vulnerables se desarrollen, de modo que sea posible descubrir las que resulten sospechosas o inusuales, así como reportar aquellas respecto de las cuales se tenga la sospecha de que provienen de una actividad delictiva. Por inercia, la carga de esas acciones de vigilancia, descubrimiento y denuncia en buena medida se hace recaer en las entidades o agentes a los que, en los contextos nacionales, se confía la gestión del sistema financiero o económico, con la consecuente obligación de poner en conocimiento de las autoridades designadas en cada régimen interno toda irregularidad detectada.¹⁰²

Ambas líneas de esta estrategia operativa y de prevención encuentran su correlato dentro de lo que en las recomendaciones del GAFI se denomina “Medidas de debida diligencia del cliente”,¹⁰³ respecto de las cuales cabe afirmar que, combinadas con otras tantas recomendaciones de este organismo, constituyen indicadores útiles sobre un conjunto de acciones por tomar en los ámbitos nacionales para detectar, en entornos más o menos vulnerables, aquellas transacciones, operaciones y demás actividades que puedan vincularse con el lavado de dinero y la financiación del terrorismo.¹⁰⁴ En todo esto, en efecto, tiene especial importancia valorar la existencia de escenarios proclives de ser utilizados para activar estos complejos y diversificados marcos de actuación delictiva; escenarios que, sin embargo, no se agotan en las instituciones financieras, pues, además de este prepon-

derante sector, hay que considerar otros que igualmente pueden ser penetrados. En este sentido, resulta ilustrativo que se prevea que también son susceptibles las que, en términos de las recomendaciones del GAFI, se denominan “actividades y profesiones no financieras designadas”. Incluso, se puede decir que a estos efectos se asume un catálogo enunciativo y no limitativo, siendo que se recuerda a los Estados que si al realizar sus respectivas evaluaciones del riesgo identifican instituciones, actividades, negocios o profesiones que, pese a ser vulnerables, no entran dentro de la definición de “institución financiera” y “actividades y profesiones no financieras”, sometan a dichos sectores a las medidas de prevención antilavado y de financiación del terrorismo.¹⁰⁵

Para explicar lo anterior, considero indispensable tener una doble perspectiva sobre los escenarios de riesgo, esto es, una visión que identifique los sectores vulnerables de ser penetrados para la financiación del terrorismo, y otra que más bien se concentre en las operaciones, actividades o transacciones que en particular puedan servir de puente con estos fines delictivos. En relación con ello, y centrando la atención en la estrategia multilateral antiterrorista, entiendo por riesgo la susceptibilidad que muestran ciertos ámbitos para ser instrumentalizados con el fin de sufragar por diferentes vías el marco operativo de la criminalidad terrorista, lo que envuelve tanto el financiamiento de actos terroristas como el de organizaciones terroristas o terroristas individuales, y ello, aun en ausencia de un vínculo a un acto o actos terroristas específicos.¹⁰⁶ Debo señalar que el nivel de riesgo puede medirse en función de ciertas directrices que contemplan las recomendaciones del GAFI y, de hecho, de los resultados que en este sentido se obtengan con la identificación, evaluación y entendimiento que se haga en cada país, dependerá el grado de intensidad de las

¹⁰¹ En esta medida, la regulación nacional tendrá que integrar la prohibición de que los agentes o entidades que gestionan el sistema financiero o económico abran cuentas cuyos titulares no estén ni puedan ser identificados, pero también la obligación de que verifiquen la identidad de los titulares reales de esas transacciones, lo que se extiende a las personas jurídicas, respecto de las cuales se deberá comprobar, cuando sea necesario, su existencia jurídica y estructura, esto es, aspectos como su constitución, su forma jurídica, domicilio, directores y las disposiciones relativas a la facultad que tiene para contraer obligaciones. *Vid.* sub-incisos i) y ii) del inciso b) del artículo 18 de la “Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo”.

¹⁰² Se trata, en términos del sub-inciso iii) del artículo 18 comentado, de la “obligación de reportar con prontitud a las autoridades competentes toda transacción compleja, de magnitud inusual y todas las pautas inusuales de transacciones que no tengan, al parecer, una finalidad económica u obviamente ilícita”.

¹⁰³ *Vid.* recomendación 10 del GAFI, con su nota interpretativa.

¹⁰⁴ Sin que me olvide de considerar su funcionalidad y la de otras recomendaciones del GAFI para combatir también el “financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva”.

¹⁰⁵ *Vid.* apartado 2 de la nota interpretativa de la recomendación 1 del GAFI.

¹⁰⁶ Como lo recuerda el apartado 2 de la nota interpretativa de la recomendación 20 del GAFI.

Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo

medidas; tanto es así que si ese peligro de penetración se presenta con mayor fuerza (“riesgos mayores”) se exige una aplicación “intensificada de algunas medidas” integradas en las recomendaciones del GAFI, permitiéndose la simplificación e incluso la exención de las mismas si dicho riesgo es “menor”.¹⁰⁷ Es cierto que prevalece el criterio de que siempre que exista sospecha de operaciones o actividades tendentes a la financiación del terrorismo no deberá permitirse reducción alguna en estos filtros de seguridad.¹⁰⁸

En esta medida, conviene no dejar de lado el “enfoque basado en el riesgo”, por cuanto esta noción entraña una escrupulosa labor de adecuación de un bloque de acciones —e intensidad de las mismas— a las circunstancias o manifestaciones del riesgo en un escenario concreto. Esto quiere decir que, en cada ámbito nacional, la estrategia contra la financiación del terrorismo debe adaptarse al nivel del riesgo de instrumentalización que arroje un examen soportado en la identificación, evaluación y entendimiento de la vulnerabilidad del entorno objeto de protección, el cual deberá desarrollarse por medio de un mecanismo interno de coordinación *ad hoc* o por autoridades asignadas para evaluar la situación. Así, el enfoque basado en el riesgo se convierte en la piedra angular de las medidas destinadas a prevenir o mitigar la financiación del terrorismo en un escenario específico, pues a partir de él se definen dichas medidas y se asignan de forma eficaz los recursos indispensables para implementarlas. En definitiva, los países deben aplicar un enfoque basado en el riesgo a fin de asegurar que las medidas sean “proporcionales a los riesgos identificados”.¹⁰⁹ Dicho de otra forma: mediante la adopción de un enfoque basado en el riesgo las autoridades competentes, instituciones financieras y activistas y profesionales no financieros designados deben garantizar que las acciones implementadas correspondan con los riesgos identificados.¹¹⁰

Como he dicho, el balance que en esta medida se haga deberá tener en cuenta los ámbitos que podrían

ser instrumentalizados para la financiación del terrorismo, así como las operaciones que en sí suelen llevarse a cabo con estos objetivos criminales. Con respecto al primer punto, ha quedado sentado que principalmente la atención se ha focalizado en las entidades financieras, aunque no se descuidan otras actividades y profesiones que no necesariamente se desenvuelven en ese medio. En este sentido, cabe considerar el criterio internacional que identifica a las instituciones financieras como toda persona natural o jurídica que realiza como negocio actividades tales como toma de depósitos y otros fondos reintegrables del público; préstamos; transferencia de dinero y valores; emisión y administración de medios de pago (tarjetas de crédito y débito, cheques, cheques de viajero, giros postales y giros bancarios, dinero electrónico); arrendamiento financiero o *leasing*; compra-venta de instrumentos de mercado de dinero; suscripción y colocación de seguros de vida y otros seguros relacionados con la inversión; cambio de moneda y divisas.¹¹¹ Por otra parte, dentro de las actividades y profesiones no financieras comúnmente se incluye el ámbito de los casinos, algunas transacciones de los agentes inmobiliarios, algunas operaciones de comerciantes de metales y piedras preciosas y otras tantas transacciones, operaciones o actividades en que intervienen abogados, notarios, contadores y otros profesionales jurídicos.¹¹²

Sin perjuicio de que cada operación, transacción o actividad que pueda resultar sospechosa o inusual tenga sus propias particularidades, hay una serie de medidas básicas de prevención de la financiación del terrorismo y del lavado de dinero que pueden tomarse de ciertas directrices internacionales y que, por regla general, tendrían que integrarse a las legislaciones de los Estados. De cualquier manera, se parte de la premisa de que siempre se debe proceder a una completa identificación con medios idóneos y datos verificables de todos los clientes o intervinientes en las operaciones, ya se trate de personas físicas o jurídicas,¹¹³ así como de todas las transacciones u operaciones que se

¹⁰⁷ *Vid.*, por ejemplo, el párrafo primero de la recomendación 1 del GAFI y apartados 2, 4, 5, 6, 10 y 11 de su nota interpretativa, así como los apartados 14, 15 y 16 de la nota interpretativa de la recomendación 10 del GAFI.

¹⁰⁸ *Vid.* apartado 2 de la nota interpretativa de la recomendación 1 del GAFI.

¹⁰⁹ *Vid.* párrafo primero de la recomendación 1 del GAFI.

¹¹⁰ *Vid.* apartado 1 de la nota interpretativa de la recomendación 1 del GAFI.

¹¹¹ Así en el Glosario General de las Recomendaciones del GAFI.

¹¹² Así la recomendación 22 del GAFI. *Vid.* sobre esos escenarios vulnerables sobre todo el artículo 17 de la Ley federal para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

¹¹³ *Vid.* subincisos i) y ii) del inciso b) del artículo 18 de la Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo.

lleven a cabo, sean éstas ocasionales o habituales,¹¹⁴ lo que implica desarrollar un monitoreo constante desde que inician, durante su desarrollo y hasta su culminación.¹¹⁵ Si se trata de entidades financieras, por ejemplo, media la exigencia de que se emprendan medidas de debida diligencia del cliente cuando se establecen relaciones comerciales, si se realizan operaciones ocasionales por encima del umbral fijado o cuando también de manera puntual se hacen transferencias electrónicas en determinadas circunstancias. No menos interés despierta el hecho de que se tengan dudas sobre la veracidad o idoneidad de los datos de identificación del cliente obtenidos con anterioridad y, menos aún, la sospecha de lavado de dinero o financiamiento del terrorismo.¹¹⁶ A todo ello cabe agregar la obligación de las entidades financieras de conservar los registros necesarios sobre las transacciones tanto locales como internacionales para que éstas puedan cumplir con las peticiones de información solicitada por las autoridades competentes,¹¹⁷ de la misma manera que debe considerarse la prohibición de revelar que se ha entregado un reporte o un aviso a la Unidad de Inteligencia Financiera.¹¹⁸

Otro tanto puede expresarse de un grupo de recomendaciones del GAFI que prioritariamente se han orientado a la financiación del terrorismo. Así, por ejemplo, debe considerarse que uno de los métodos empleados por las organizaciones terroristas para evadir las medidas de congelamiento de fondos y activos es la utilización de organizaciones sin fines de lucro, estrategia que, entre otras cosas, también sirve a los terroristas para establecer una base económica que permita financiar con menos obstáculos sus actividades. Precisamente, ello se ha tenido en cuenta en estas recomendaciones, cuando en una de ellas se exige a los Estados la creación de un soporte jurídico,

operativo y de investigación o la revisión del mismo para evitar que las organizaciones altruistas o sin fines de lucro sean penetradas, instrumentalizadas o constituidas por agentes terroristas.¹¹⁹

Son de aplicación para la financiación del terrorismo, lo mismo que respecto de otros ámbitos delictivos, recomendaciones como la relativa a que los Estados aseguren que las personas jurídicas o naturales dedicadas al servicio de transferencia de dinero o valores estén registradas y sujetas a sistemas que permitan controlar su marco de operaciones sobre la base de las directrices marcadas por el GAFI.¹²⁰ Esa doble funcionalidad también se le asigna a la recomendación de que las instituciones financieras de los Estados apliquen un riguroso control sobre las transferencias electrónicas, con el objeto de prevenir que terroristas y otros grupos criminales empleen estos canales para el movimiento de sus fondos.¹²¹

En este marco de actuación interinstitucional y estandarizado que debe desarrollarse en los planos nacionales, también se enfatiza el deber de las instituciones financieras de poner en conocimiento de la unidad de inteligencia del país de que se trate las transacciones o movimientos de fondos sospechosos o aquellos que, atendiendo a motivos razonables, generen la sospecha de ser producto de una actividad criminal o de que se relacionan con el financiamiento del terrorismo.¹²² Tampoco pasa por alto la necesidad de otorgar facultades a las autoridades de los Estados para identificar y bloquear el traslado transfronterizo de dinero en efectivo o de valores al portador.¹²³

3.3.2. *La coordinación en la estrategia*

La obligación de los Estados de realizar un balance inicial que lleve a adoptar, con mecanismos de

¹¹⁴ *Vid.* recomendación 10 del GAFI, con su nota interpretativa.

¹¹⁵ *Vid.* recomendación 10 del GAFI; subinciso i) del inciso a) del apartado 2 del artículo 13 del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo.

¹¹⁶ *Vid.* recomendación 10 del GAFI.

¹¹⁷ *Vid.* recomendación 11 del GAFI; subinciso iv) del inciso b) del artículo 18 de la Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo; subinciso iii) del inciso a) del apartado 2 del artículo 13 del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo.

¹¹⁸ *Vid.* recomendación 21 del GAFI; inciso b) del apartado 2 del artículo 13 del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo.

¹¹⁹ Cfr. la recomendación 8, que se integra en el inciso C) sobre “Financiamiento del terrorismo y financiamiento de la proliferación”, con su respectiva nota interpretativa.

¹²⁰ Cfr. la recomendación 14.

¹²¹ Cfr. la recomendación 16.

¹²² Cfr. la recomendación 20.

¹²³ Cfr. la recomendación 32.

Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo

coordinación adecuados o por medio de autoridades asignadas, un enfoque basado en el riesgo, que deposita las expectativas de identificación y prevención de la financiación del terrorismo en un trabajo conjunto de diferentes actores, tiene relevancia puesto que, por la inercia de las cosas, el éxito no depende solamente de la intervención de las autoridades asignadas y de la coordinación que pueda darse entre ellas, sino de que entre éstas y los sectores que operan en escenarios susceptibles haya un verdadero intercambio de información. Los resultados, de igual manera, se supeditan a una vigilancia constante de los entornos de riesgo, de los sectores que en éstos se desenvuelven, así como de aquellas operaciones o transacciones que al menos sean sospechosas o inusuales. Esto significa que el enfoque basado en el riesgo debe ser objeto de una permanente actualización, pero también que las operaciones o actividades concretas deben monitorearse en todo su desarrollo, es decir, desde que se establecen, durante su curso y hasta que concluyen.

Así pues, dicho intercambio de información y esa constante vigilancia en todos los rubros posibles constituyen elementos que necesariamente han de conjugarse para dar cumplimiento a la estrategia. En este caso, cabe considerar la designación de autoridades en los ámbitos locales que deberán coordinarse, en lo que ocupa un papel relevante la creación de la Unidad de Inteligencia Financiera, la cual, como se desprende de algunos indicadores internacionales, debe ser un centro nacional encargado de recopilar, analizar y difundir entre autoridades competentes

cualquier información que se relacione con la financiación del terrorismo y el lavado de dinero.¹²⁴ Básicamente, esta Unidad se convierte en una agencia central de recepción de los reportes que hagan los sujetos obligados o, si se prefiere, en un punto de procesamiento de información al que se debe dar cuenta de cualquier transacción u operación que resulte sospechosa, inusual o que se amolde al umbral, así como de todos aquellos datos, incluidos aquellos adicionales que también sean relevantes,¹²⁵ que deban someterse a análisis para luego determinar su utilización.¹²⁶ Los resultados de dicho análisis pueden destinarse a la actualización del enfoque basado en el riesgo¹²⁷ o a comunicar a las autoridades competentes situaciones concretas de manera espontánea o con motivo de una solicitud que éstas hagan a la Unidad de Inteligencia Financiera. En lo esencial, la divulgación espontánea implica la entrega de información relevante a la autoridad competente sobre aquellos supuestos respecto de los cuales se tenga la sospecha de lavado de dinero y financiación del terrorismo, mientras que la segunda responde a una petición de información que directamente hace la autoridad competente.¹²⁸

Cabe observar que la Unidad de Inteligencia Financiera se incorporó al marco jurídico mexicano¹²⁹ como una unidad administrativa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público¹³⁰ a la que, siguiendo la tendencia internacional descrita y dentro un muy amplio catálogo de funciones,¹³¹ se le encomienda la coordinación de la recepción y análisis de la in-

¹²⁴ Cfr. inciso f) del artículo 1 del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo; inciso c) del apartado 1 del artículo 4 de la Convención interamericana contra el terrorismo; recomendación 29 del GAFI.

¹²⁵ Como se desprende de la recomendación 29 del GAFI y de los apartados 4 y 5 de su nota interpretativa, además de la información que los sujetos obligados reportan a la Unidad de Inteligencia Financiera, ésta debe obtener información adicional de los sujetos obligados y tener acceso oportuno a la información financiera, administrativa y del orden público que requiera para desempeñar sus funciones apropiadamente. Ello debe incluir datos procedentes de fuentes abiertas o públicas, así como información relevante recopilada y/o mantenida por otras autoridades o en nombre de éstas y, cuando corresponda, datos almacenados comercialmente.

¹²⁶ Vid. recomendación 29 del GAFI, con su respectiva nota interpretativa.

¹²⁷ El destino dependerá del perfil del análisis que se practique en función de la información de que se disponga, pues si es “operativo”, la información disponible y la que se pueda obtener servirán para identificar objetivos específicos (personas, activos, redes y asociaciones criminales), para seguir el rastro de actividades o transacciones en particular y determinar los vínculos entre esos objetivos y los posibles productos del delito, el lavado de activos, los delitos determinantes o el financiamiento del terrorismo. Si más bien se trata de un análisis estratégico, lo recabado se explotará, incluido lo que se pueda extraer de autoridades competentes, para identificar tendencias y patrones vinculados con el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, y a partir de ahí determinar amenazas y vulnerabilidades (Vid. apartado 3 de la nota interpretativa de la recomendación 29).

¹²⁸ Vid. apartado 4 de la nota interpretativa de la recomendación 29.

¹²⁹ Vid. Decreto que reforma el Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y el Reglamento de la Ley del Servicio de Tesorería de la Federación, *Diario Oficial de la Federación* de 7 de mayo de 2004.

¹³⁰ Vid. fracción II del apartado B del artículo 2º del Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

¹³¹ Que la involucren en la construcción, ajuste, adecuación, interpretación –a efectos administrativos– y estudio de los diferentes esquemas de regulación dirigidos o que se puedan destinar a la prevención y detección del lavado de dinero y del terrorismo y su financiación (Vid., por ejemplo, fracciones I, I bis., I ter., II, III y IV del artículo 15 del Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público).

formación de los reportes que hagan las entidades obligadas sobre los actos, omisiones u operaciones respecto de los cuales se sospeche que puedan contribuir o favorecer de algún modo al lavado de dinero, al terrorismo y a su financiación; la coordinación de la recepción y análisis de la información contenida en los reportes relacionados con los actos, operaciones o servicios que realicen los gestores de dichas entidades obligadas que puedan vincularse a estos fines delictivos o que sencillamente no se ciñan a la legislación establecida, pero también se le encarga la coordinación y análisis de los avisos a que hace referencia la ley federal para la prevención e identificación de las operaciones con recursos de procedencia ilícita y su reglamento.¹³² Conviene recordar que la noción de aviso se relaciona con la obligación que tienen determinados sujetos que operan en sectores donde se desarrollan las actividades vulnerables que quedan descritas en el artículo 17 de la citada ley mexicana antilavado, de poner en conocimiento de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público aquellas actividades que, preponderantemente, se adecuan al umbral marcado en cada caso. En efecto, los montos varían atendiendo al sector. En este mismo concepto de aviso se incluyen los reportes que ante esta Secretaría deben presentar las entidades financieras sobre los actos, omisiones u operaciones que pudieran favorecer, prestar ayuda, auxilio o cooperación de cualquier especie para la comisión de los delitos de terrorismo y su financiación, o de operaciones con recursos de procedencia ilícita, así como aquellos que pudieran contravenir o vulnerar la adecuada aplicación de las leyes *ah hoc*.¹³³

Esta obligación de reportar o dar aviso en los términos expuestos constata esa necesidad percibida de que no basta con la coordinación entre autoridades, sino que además se requiere que los actores de las entidades financieras y de otros núcleos o profesiones que puedan ser vulnerables participen aportando información relevante. De hecho, no hay que olvidar que la

ausencia de cumplimiento puede derivar en sanciones administrativas e inclusive de carácter penal.

Como parte de las competencias que otorga la legislación mexicana a la Unidad de Inteligencia Financiera, también se halla la relativa a que ésta participe, con los órganos desconcentrados de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en la revisión, verificación, comprobación y evaluación del cumplimiento de la regulación en materia de prevención e identificación de la financiación del terrorismo y del lavado de dinero por parte de los sujetos obligados. Con ello es posible retomar la coordinación entre autoridades que se exige en las directrices internacionales;¹³⁴ máxime cuando esto se proyecta con el hecho de que quede previsto que esta Unidad particularmente actuará con la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, la Comisión Nacional de Ahorro para el Retiro y con el Servicio de Administración Tributaria.¹³⁵ Estas acciones de supervisión, verificación y vigilancia del cumplimiento de las obligaciones en parte conectan con el monitoreo, seguimiento y balance constantes de los entornos de riesgo que también se identifican como indispensables en el contexto internacional¹³⁶ y de los cuales es posible obtener información que lleve a la realización de análisis operativos o estratégicos. En este contexto, conviene tener presente aquella colaboración interinstitucional que, en el marco de la persecución del delito, debe darse entre la Unidad de Inteligencia Financiera y la Unidad Especializada en Análisis Financiero de la Procuraduría General de la República y ello, porque la primera, en vista de su ámbito de competencia y funciones, cuenta con información relevante¹³⁷ que la segunda requiere para cumplir con su función de conducir la investigación orientada a adquirir el caudal probatorio que pueda vincularse al blanqueo de capitales o al financiamiento del terrorismo. Es más, esta última tiene la facultad de requerir a aquella la información que resulte útil para el ejercicio de sus atribuciones.¹³⁸

¹³² Cfr. fracción VI del artículo 15 del Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

¹³³ *Vid.* artículos 3, fracción II, 15, fracciones I y II y 17 de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.

¹³⁴ En este sentido, por ejemplo, el párrafo segundo de la recomendación 2 del GAFI.

¹³⁵ *Vid.* artículo 16 de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, en relación con el artículo 98-B del Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

¹³⁶ *Vid.*, por ejemplo, recomendaciones 12, 14, 26, 27 y 28 del GAFI.

¹³⁷ *Vid.* fracciones VII y X del artículo 15 del Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

¹³⁸ *Vid.* sobre todo artículos 7, 8 y 9 de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.

Bibliografía

- AA.VV., *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, t. II, a cargo de Ferré Olivé, J. C., Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002.
- Abuza, Z., “Cómo se financia el terrorismo islamista: la experiencia del sudeste asiático”, en AA.VV., *El nuevo terrorismo islamista. Del 11-S al 11-M*, trad. de Barriuso, J., coord. de Reinares, F., y Elorza, A., Temas de Hoy, Madrid, 2004.
- Bajo Fernández, M., “El desatinado delito de blanqueo de capitales”, en AA.VV., *Política criminal y blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- Blanco Cordero, I., *El delito de blanqueo de capitales*, Aranzadi, Navarra, 2012.
- Burke, J., *Al Qaeda. La verdadera historia del islamismo radical*, trad. de Pérez, Á., y Álvarez, J.M., RBA, Barcelona, 2004.
- Callegari, A.L., *Lavado de activos*, Ara, Perú, 2009.
- Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Cobo del Rosal, M., y Zabala López-Gómez, C., *Blanqueo de capitales: abogados, procuradores y notarios, inversores bancarios y empresarios*, CESEJ, Madrid, 2005.
- De la Corte Ibáñez, L., y Jordán J., *La yihad terrorista*, Síntesis, Madrid, 2007.
- Fernández Hernández, A., “Prevención y represión de la financiación del terrorismo en España y Estados Unidos: un análisis comparado”, en AA.VV., *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico*, González Cussac, J.L. (dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- Ferré Olivé, J.C., “Blanqueo de Capitales y criminalidad organizada”, en AA.VV., *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999.
- , “Política criminal europea en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo”, en AA.VV., *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico*, González Cussac, J.L. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- Gil Gil, A., “El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 6.
- Gómez Pavón, P., “El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 53, 1994.
- Gunaratna, R., *Al Qaeda. Viaje al interior del terrorismo islamista*, trad. de Harris, S.T., Servi Doc, Barcelona, 2003.
- , “La amenaza de Al Qaeda tras los atentados de Madrid”, en AA.VV., *El nuevo terrorismo islamista. Del 11-S al 11-M*, Temas de Hoy, Madrid, 2004.
- Hormazábal Malarée, H., “Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma al sistema penal español”, en AA.VV., *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.
- Jordán, J., *Profetas del miedo. Aproximación al terrorismo islamista*, Eunsa, Navarra, 2004.
- Laqueur, W., *Terrorismo*, trad. de López Muñoz, Espasa-Calpe, Madrid, 1980.
- Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- Merino Herrera, J., *Al-Qaeda: una compleja manifestación del terrorismo internacional*, Inacipe, México, 2015.
- , *La protección de testigos en el marco de la persecución penal de la delincuencia organizada*, Inacipe/Bosch, México, 2013.
- Merlos, A., *Al Qaeda. Raíces y metas del terror global*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2006.
- Molina Fernández, F., “¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?: reflexiones sobre un bien jurídico problemático, y la vez aproximación a la ‘participación’ en el delito”, en AA.VV., *Política criminal y blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, Reppertor, Barcelona, 2011.
- Ortiz Dorantes, A., *El delito de lavado de dinero*, Porrúa, México, 2011.
- Palma Herrera, J.M., *Los delitos de blanqueo de capitales*, Edersa, Madrid, 2000.
- Reinares, F., “Al Qaeda, Neosalafistas Magrebíes y 11-M: sobre el nuevo terrorismo islamista en España”, en AA.VV., *El nuevo terrorismo islamista. Del 11-S al 11-M*, Temas de Hoy, Madrid, 2004.
- Sageman, M., *Understanding Terror Networks*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia.

Conocimiento, dolo, responsabilidad dolosa: acerca de lo relevante y lo accesorio de una discusión dogmática eterna*

Fernando Miró Llinares

Universidad Miguel Hernández de Elche

Lichtenberg dice que muy poca gente ha visto alguna vez el blanco puro. ¿Usa, entonces, la mayoría de la gente la palabra de forma equivocada? ¿Y cómo aprendió él el uso correcto? Él construyó un uso ideal a partir del uso ordinario. Y eso no es decir que sea un uso mejor, sino un uso que ha sido refinado de acuerdo con ciertos lineamientos.

LUDWIG WITTGENSTEIN, “Observaciones sobre los colores”,
Diarios. Conferencias.

RESUMEN: La compleja conceptualización del dolo y, en particular, la difícil separación entre la responsabilidad dolosa y la imprudente ha resurgido como problemática penal no resuelta en recientes aportes dogmáticos, así como en diversas resoluciones judiciales relacionadas con la práctica penal moderna. El presente artículo aborda los debates “en torno al dolo” tratando de obtener, primero, una visualización clara del estado actual de la discusión que supere las polémicas nominalistas y encuentre los auténticos desacuerdos actuales de fondo y, después, aportando soluciones a cuestiones clave de hoy como la diferenciación entre la responsabilidad dolosa y la imprudente o la respuesta penal a los casos de ceguera intencionada o “ignorancia deliberada”.

PALABRAS CLAVE: Dolo, responsabilidad dolosa, ignorancia deliberada, imprudencia, responsabilidad del administrador, relaciones empresariales horizontales y verticales, asesoramiento.

ABSTRACT: The complex conceptualization of mens rea, specifically the difficult distinction between willful misconduct and gross negligence has recently arisen as an unsolved criminal issue in currently dogmatic contributions and in court decisions related with modern criminal practice. The present paper addresses the arguments about mens rea, trying to get a clear picture of the current state of the discussion in order to overcome the nominalist controversies and found the genuine substantive disagreements, and providing solutions to key issues like the willful and negligent misconduct and the judicial decisions to those cases of willful blindness or “deliberate ignorance”.

KEY WORDS: Mens rea, willful misconduct, deliberate ignorance, gross negligence, administrator responsibility, vertical and horizontal business relations, advice.

Rec: 18/02/2015 | Fav: 20/02/2015

* El presente artículo es una versión reducida que se corresponde, en lo esencial, con el trabajo titulado “Dolo y Derecho penal empresarial: debates eternos, problemas modernos”, publicado en *CPC*, núm. 3, 2014.

SUMARIO: 1. *Entre lo eterno, lo irresoluble y lo necesario.* 2. *Ayer y hoy de los debates en torno al dolo.* 3. *Lo accesorio y lo relevante de los debates eternos y para el Derecho penal moderno.*

1. Entre lo eterno, lo irresoluble y lo necesario

La mayoría de las críticas que desde la doctrina penal germana se vertieron sobre el fenómeno denominado “dogmática penal sin consecuencias” no pretendían tanto terminar con debates penales que duraban décadas como poner de manifiesto la futilidad práctica de algunos de ellos y el riesgo que para las funciones fundamentales de la dogmática penal podía conllevar su perpetuación.¹ La polémica paradigmática, tanto de la eternización de un debate doctrinal como del carácter, cuanto menos parcialmente, autopoiético de algunas de las discusiones dogmáticas, no es otra que la que durante décadas se ocupó del significado, contenido y función de la acción penal. La misma no sólo se mostraba como una controversia interminable, sino que sus efectos se multiplicaban impregnando diversas discusiones sobre casi todos los elementos nucleares del delito. Así sucedió con el dolo, cuya conceptualización dio lugar a un debate que aún continúa y que debe mucho a la discusión sobre la acción, polémica con la que comparte el encontrarse a medio camino entre la controversia aparentemente desconectada de la praxis y meramente autorreferencial, y la deliberación teórica de cruciales repercusiones prácticas.

Desde su primigenia conceptualización romana como *dolus malus* hasta el escasamente útil disenso divergente sobre el dolo en el que parecemos haber nos enquistado en los últimos años,² mucho se ha escrito y mucho ha cambiado el significado de este término tan relevante para el Derecho penal. Sin embargo, el peso de los debates “en torno al dolo” en la discusión dogmática ha disminuido significativamente en los últimos años. La mera comparación entre el número de trabajos escritos sobre este tema en los últimos diez años en Alemania, España e Italia y los publicados en las décadas anteriores nos permite

afirmar un claro decrecimiento en el interés por él, quizás por la constatación de la enorme capacidad de la doctrina para no llegar a acuerdos o, también, por la observación de lo extraño que resultaban las discusiones teóricas al mundo judicial que, ajeno a las polémicas, siguió aplicando las teorías clásicas a la vez que fue extendiendo y no contrayendo el ámbito de la responsabilidad dolosa.

Expresivo de este agotamiento en el interés teórico por “el dolo” es el título que dio Molina Fernández a uno de los últimos artículos publicados en España, hace ya casi 10 años, sobre esta temática: “La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal”, en el que comparaba con agudeza aquella imposibilidad matemática que cautivó incluso a filósofos como Thomas Hobbes que era la “cuadratura del círculo”, con la complejidad de la conceptualización del dolo y, en particular, con la difícil separación entre dolo e imprudencia por tratarse de categorías que hacen referencia a atributos graduales que no disponen de cortes precisos.³ Con tal metáfora no sólo expresa Molina Fernández lo imposible que supone llegar a una fórmula objetiva que discrimine con certeza, y sin ningún tipo de subjetividad, la responsabilidad dolosa de la imprudente, sino que deja en entredicho la propia funcionalidad del debate teórico en torno al contenido del dolo y su separación de la imprudencia.⁴ Lo cierto es que si un debate dogmático no sirve para la solución de problemas prácticos es mejor abandonarlo. Pero también es verdad que la problemática práctica no desaparecerá por el mero hecho de abandonar el debate, lo cual mantiene la necesidad de afrontarla o, cuanto menos, de mejorar el modo concreto en que se lleva a cabo.

En realidad, la imposibilidad de la cuadratura del círculo conforme a los esquemas de la geometría clásica no era un problema irresoluble, sino un teo-

¹ Burkhardt, B., “Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik”, en Esser, A., Hassemer, W., y Burkhardt, B., *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, 2000, p. 111 y ss.

² Ragués i Vallès, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999.

³ Molina Fernández, F., *Cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

⁴ Molina Fernández, F., *Cuadratura del dolo...*, *op. cit.*, pp. 741 y ss.

rema ya resuelto frente al cual algunos chocaban y acerca del cual quizás se vertió demasiada tinta. Sin embargo, y siguiendo con las metáforas procedentes de las que se denominaron “ciencias exactas”, en la matemática moderna y a partir del Teorema de Gödel⁵ conforme al cual se prueba la imposibilidad de demostrar algunos teoremas, está unánimemente reconocida la funcionalidad del intento de demostración de problemas matemáticos sobre los que *a priori* no puede aseverarse su demostrabilidad. Un ejemplo particularmente simbólico sería el desarrollo de campos enteros en torno al álgebra como la “teoría de las curvas elípticas”, la “teoría de los anillos” y “de los campos ciclotómicos” derivados de la demostración por Andrew Wiles del “teorema de Fermat”.⁶

Un simple vistazo a la realidad de la aplicación judicial del Derecho penal debería bastar para cerciorarnos de la absoluta necesidad de seguir profundizando sobre algunos, quizás no sobre todos, los debates en torno al dolo. Si se logran aparcarse las discusiones meramente terminológicas, la observación de la aplicación práctica de figuras del moderno Derecho penal como el delito de lavado de activos, los tipos penales contra la hacienda pública, entre otros; la atribución de responsabilidad penal a testaferros, a familiares implicados en estos y otros delitos; la concreción de los requisitos que deben exigirse a los administradores para que respondan por las decisiones tomadas por otros en el seno de sus empresas, y de otras múltiples problemáticas del día a día de este nuevo Derecho penal, nos hará comprender la importancia de continuar resolviendo algo que no puede darse por irresoluble, sino por difícil de solventar. Porque en Derecho penal, mientras exista una diferente responsabilidad atribuida a alguien a partir de la necesaria demostración de que éste ha actuado “con dolo” y no “con imprudencia”, es imposible afirmar es que la distinción entre ambos no puede resolverse. Al entrar en juego juicios de imputación de hechos a agentes y juicios de valoración de conductas conforme a reglas, hay que aceptar la imposibilidad de un esquema matemático que resuelva con absoluta

certeza cada supuesto de hecho. Pero, en vista de que estos tienen que resolverse de un modo u otro, hay que seguir ofreciendo soluciones interpretativas que permitan a los tribunales adoptar las decisiones más cercanas a “la justicia”, hay que continuar concretando criterios de imputación y valoración y, sobre todo, hay que seguir interpretando los supuestos de hecho y conceptualizando las categorías jurídicas desde el respeto a las garantías que sirven como límite a la intervención del Derecho penal.

El presente trabajo aborda la temática del dolo con la intención de colaborar en el desarrollo de soluciones a concretos problemas prácticos del Derecho penal de hoy. Ello nos llevará a abordar algunos de los debates en torno al dolo que no sólo se han eternizado sino que, incluso, se han modernizado. En estas discusiones se buscará separar lo accesorio de lo relevante, y se intentará identificar algunos acuerdos esenciales sobre lo que se viene denominando “el dolo” y “su prueba”, que ayuden a los tribunales a la absolutamente necesaria tarea de diferenciar entre responsabilidad dolosa e imprudente.

2. Ayer y hoy de los debates en torno al dolo

2.1. El debate sobre la ubicación del dolo antes y después de la teoría de la imputación objetiva

Los debates sistemáticos pueden parecer disquisiciones teóricas sin consecuencias prácticas, pero no suelen serlo. Siguiendo con metáforas matemáticas, en “el sistema del delito” el orden de los factores puede alterar el producto, aunque es cierto que también puede no hacerlo. Esto lo ha expresado con acierto Kindhäuser acudiendo a otra metáfora, la de “los filtros”. Explica el autor alemán que en una concreta sistemática como es la del “delito”, cuyos elementos internos están ordenados como pasos sucesivos de análisis de un evento de la realidad para poder, finalmente, conceptualarlo como delictivo, cada uno de los institutos de valoración o “filtros” se tiene que colocar en su justo orden: primero aquél que deja pasar más, luego

⁵ Sobre esto resultan del máximo interés lecturas como las de Jané, I., “La obra de Gödel en lógica matemática y teoría de conjuntos”, *La Gaceta de la Real Sociedad Matemática Española*, vol. 9, núm. 3, 2006, pp. 772-788; Gutiérrez, C., “El Teorema de Incompletitud de Gödel”, *Revista Cubo Mat. Educ.*, Universidad de la Frontera, vol. 1, 1999; y en particular, Griffiths, P.A., “Las matemáticas ante el cambio de milenio”, *La Gaceta de la Real Sociedad Matemática Española*, vol. 3, núm. 1, 2000, págs. 23-41. Pero sobre todo, resultaron instructivas y estimulantes para mí las conversaciones con mi compañero, catedrático de matemática aplicada, José María Amigó García, sobre verdades, hipótesis, teoremas e historia y evolución de las matemáticas.

⁶ Véase al respecto Griffiths, P.A., “Las matemáticas...”, *op. cit.*, pp. 23-41.

Conocimiento, dolo, responsabilidad dolosa

aquél que deja pasar menos.⁷ Esto, cuanto menos, en caso de que se deriven consecuencias distintas por el hecho de haber pasado un filtro y otro no, pues si por pasarlos en uno u otro orden el resultado no varía, la ordenación sería irrelevante.

Lo cierto es que gran parte de la discusión acerca del objeto y la ubicación del dolo ha estado estrechamente relacionada con la evolución de la sistematización de los distintos elementos del delito en el esquema global del mismo. Mientras que el dolo se concibió, siguiendo la tradición romana, como *dolus malus*, esto es, referido no sólo al hecho (ontológico, en su primera acepción) sino también a la propia valoración como ilícito del mismo, su ubicación lógica parecía la del juicio de culpabilidad.⁸ La constatación, debida básicamente al finalismo, de que se podía diferenciar entre un conocimiento del hecho y un conocimiento de la antijuridicidad, dio lugar a un debate sobre la ubicación del dolo que finalizó con la aceptación prácticamente unánime del dolo como elemento de la tipicidad,⁹ bien entendiendo que en la culpabilidad queda el conocimiento de la antijuridicidad,¹⁰ o bien, al sostener la existencia de un doble dolo con el conocimiento del hecho en el tipo y el de la antijuridicidad en el juicio de reproche.¹¹

Aunque hoy en día tal debate sistemático podría entenderse superado, su relevancia práctica no debe despreciarse: se trataba del posicionamiento de filtros que daban lugar, en el caso de ser superados, a conse-

cuencias realmente trascendentes: las que derivaban de la presencia de error de tipo, error de prohibición y error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, interpretado este último en ese entonces por aquéllos que defendían una teoría finalista estricta de la culpabilidad como un error de prohibición.¹²

La posterior superación del finalismo por parte de la teoría de la imputación objetiva en ningún caso supuso una modificación del orden de los filtros antijuridicidad y culpabilidad en relación con el papel del dolo. Sin embargo, sí ha dado lugar a un nuevo debate sistemático o de “orden de los factores”, íntimamente relacionado con el instituto penal que nos ocupa. Así, la construcción normativa del injusto que propugnan Roxin,¹³ Jakobs¹⁴ y otros con la teoría de la imputación objetiva, frente al injusto personal en su construcción más puramente finalista, vino a suponer la separación (cuanto menos aparente) en el injusto penal de dos juicios de tipicidad, uno de valoración objetiva (normativa) de la conducta, denominado tipicidad objetiva, y otro, de valoración de la relación subjetiva entre el sujeto y el hecho típicamente objetivo realizado, de tipicidad subjetiva. Esto suponía relegar el dolo a un segundo plano, por lo menos en comparación con su relevancia en la dogmática finalista,¹⁵ pero, lo que es más importante, implicaba la creación de un primer filtro sobre el injusto que tenía lugar “sin referencia subjetiva”,¹⁶ antes de la propia valoración sobre la existencia o no de dolo.

⁷ Kindhäuser, U., “El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva”, *Indret*, núm. 4, 2008, p. 15.

⁸ Así, en el esquema de Von Liszt, éste situó lo que hay de antijurídico en la culpa, aunque sin prescindir del todo de sus clásicas determinaciones subjetivas (Von Liszt, F., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlín, 1908), frente a la concepción de Binding como voluntad antijurídica.

⁹ Así, Welzel, H., *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Versión castellana y notas de Cerezo Mir*, Barcelona, 1964, pp. 101 y 102; Hirsch, H. J., *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, núm. 184, 11ª ed., Berlín, 1994.

¹⁰ Roxin, C., *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (traducido y anotado de la 2ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal), Civitas, Madrid, 2001. Y en nuestro país, Cuello Contreras, J., *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Dykinson, Madrid, 2002.

¹¹ Por todos, Morillas Cueva, L., “La doble posición del dolo en la teoría jurídica del delito”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 91, 2007, y también Morillas Cueva, L., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho penal. Ley penal*, Dykinson, Madrid, 2010.

¹² En relación con esto último, Ortiz de Urbina Gimeno, I., “De moscas y agresores muertos. Argumentos a favor de una teoría jurídica del delito bipartita más allá (y a pesar de) la teoría de los elementos negativos del tipo”, *Indret*, núm. 3, 2008, p. 5.

¹³ Roxin, C., *Derecho penal...*, *op. cit.*

¹⁴ Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. de la 2ª edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid, 1997.

¹⁵ De ahí, dice Wolter, que la teoría de la imputación objetiva encuentre en el finalismo gran oposición (Wolter, J., “Adäquanz und Relevanztheorie. Zugleich ein Beitrag zur objektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt”, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1977, pp. 269 y ss.).

¹⁶ Wolter, J., “Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*”, en Schünemann, B. (comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales* (traducido y anotado por Jesús María Silva Sánchez), Tecnos, Madrid, 1991, p. 114.

Esto significaría, ni más ni menos, que la valoración de un hecho como típico exigiría de un primer análisis del mismo sin atender a los conocimientos ni a voliciones atribuidas a los sujetos activos. Sólo después de la afirmación de la realización de un riesgo típico o jurídicamente desaprobado (juicio de adecuación o desvalor de acción), lo cual se comprobaba con el criterio del hombre medio¹⁷ y, después de constatar la materialización del mismo en el riesgo finalmente causado (desvalor de resultado),¹⁸ se valoraba el conocimiento que el sujeto tuviera en caso de que el tipo fuera doloso.

Sin embargo, tal disposición sistemática que separa la tipicidad objetiva y la tipicidad subjetiva en la teoría de la imputación objetiva es más aparente que real. Sería real si en efecto el juicio de tipicidad objetiva se realizase sin tener en cuenta los conocimientos y volición imputados a los sujetos concretos que ejecutan las conductas objeto de valoración normativa, pero la mayor parte de los autores que defienden la teoría de la imputación objetiva aceptan que la valoración lo es del comportamiento ejecutado (con conocimiento o sin él, con control o sin control sobre él) por la persona concreta.¹⁹ Así lo hacen quienes, como Roxin, defienden que el juicio de imputación objetiva se realiza sobre un tercero con los conocimientos especiales que tiene el autor.²⁰ De esta manera, distorsionan el sentido del tipo subjetivo que, al haberse

tenido ya en cuenta el conocimiento específico del autor, sólo sería útil en el caso de que para la tipicidad sea relevante un deseo o motivación en relación con el resultado no exigido expresamente por el tipo. Pero, con ello, cuanto menos, evitan el sinsentido de pretender que se puede afirmar la tipicidad de una conducta sin atender a quien la realiza.

Es cierto que existe un sector doctrinal, liderado por Jakobs,²¹ que critica el correctivo de los conocimientos especiales al considerar que lo que importa es la infracción del deber y no el conocimiento que el sujeto tenga, pues es el deber objetivo el que define la expectativa infringida y no el propio sujeto.²² Así, el tipo objetivo supondría la valoración conforme al deber pero sin tener en cuenta el conocimiento imputado al agente. Esto sí supondría una disposición de filtros distinta a la generalmente aceptada y, en mi opinión, más que discutible. Pero debe matizarse que la sistemática funcionalista jakobsiana suponga, en efecto, una modificación del orden de los factores. Con el juicio de tipicidad objetiva, Jakobs busca separar, con razón, la valoración del hecho injusto de la interpretación subjetiva que el autor da al hecho,²³ pero no, cuanto menos expresamente, de la persona que efectivamente actúa conforme o no a su rol.²⁴ Hasta el punto de que, implícitamente, Jakobs tiene en cuenta los conocimientos atribuidos a los sujetos antes de la

¹⁷ Al respecto de las múltiples denominaciones o fórmulas utilizadas para definir el nivel de valoración objetiva a utilizar, véase Molina Fernández, F., *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 695.

¹⁸ Cancio Meliá, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2001.

¹⁹ Véase más detenidamente Miró Llinares, F., “La imputación penal. Enseñanzas del modelo kantiano para la superación (sistemática) de la teoría de la imputación objetiva”, en Miró Llinares, F., y Polaino-Orts, M., *La imputación penal a debate. Una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva en Jakobs*, Ara Editores, Perú, 2010.

²⁰ Roxin, C., *Leipziger Kommentar*, 11ª ed., § 27, núm. 17, Berlín, 2003; y también, Roxin, C., “Was ist Beihilfe?”, en Kuhne, H.H. (ed.), *Festschrift für Koichi Miyazawa: Dem Wegbereiter Des Japanisch-Deutschen Strafrechtsdiskurses*, Nomos, Baden-Baden, 1995.

²¹ Así, Jakobs, G., “Tätovorstellung und objektive Zurechnung” en Dorseifer, G., Horn, E., Schilling, G., Schöne, W., Struensee, E., y Zielinski, D. (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns, Colonia/Berlín/Bonn, Múnich, 1989, pp. 237 y ss.; Jakobs, G., *Estudios de Derecho penal* (trad. por Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá), Civitas, Madrid, 1997, pp. 223 y ss.

²² Jakobs, G., “La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación”, en VV.AA., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, UNED, Madrid, 2001, p. 625.

²³ Jakobs, G., *La imputación objetiva en Derecho penal* (trad. por Manuel Cancio Meliá), Civitas, Madrid, 1996, p. 26. Y, Jakobs, G., *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 13.

²⁴ Así, cuando afirma Jakobs que “la imputación es objetiva porque para la valoración de la situación típica no son decisivas las opiniones individuales del autor, de la víctima o del tercero acerca del significado del comportamiento, sino que lo decisivo está en lo que una persona racional en el rol respectivo tomaría como significado”, no está negando el autor de Bonn la valoración social del hecho previamente atribuido o imputado a la propia persona (y, por tanto, conocido por ella), sino discutiendo, frente al parecer finalista tradicional, que para la valoración lo decisivo sea lo que considere la persona que está pasando. Porque lo que él quiere es superar la causación en sentido naturalista y para eso es necesario integrar el sentido social, pero no eliminar a la persona. Esto mismo considera Sancinetti, M.A., *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 119 y ss. Véase sobre todo ello, Miró Llinares, F., *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 109.

Conocimiento, dolo, responsabilidad dolosa

valoración de sus hechos conforme a los roles objetivos.²⁵ Siendo esto así, los filtros, de nuevo, vuelven a estar en su lugar.

Cabría convenir, por tanto, la existencia en la actualidad de, apenas, un debate de tipo nominal relacionado con la posición del dolo: mientras que hay autores que, con los matices explicados, se empeñan en situar el dolo en una supuesta tipicidad subjetiva,²⁶ otros, también desde posiciones normativistas, entendemos que no es posible separar (de forma operativa y funcional) tipo objetivo y subjetivo, puesto que carece de utilidad la valoración del hecho conforme al mandato normativo si previamente no se parte del conocimiento (probado o imputado) que el sujeto tiene del mismo.²⁷ Pero este debate sistemático es más bien accesorio, en vista de que del mismo no se derivan consecuencias de análisis distintas: quienes hablan de tipicidad objetiva y subjetiva realizan la valoración del hecho del agente con los conocimientos concretos de que dispone en el momento de actuar; quienes no diferenciamos entre tipo objetivo y subjetivo no estamos afirmando que la valoración del hecho no sea normativa, y mucho menos que el conocimiento o la voluntad del sujeto marquen la tipicidad de una conducta. Lo determinante, pues, para la tipicidad dolosa es el sentido normativo del mismo, el cual no será definido por las creencias de los sujetos sino por el significado (conforme al sentido social) de los hechos.

2.2. Los debates acerca del contenido del dolo

2.2.1. El dolo como conocimiento y voluntad: una victoria "pírrica"

El más duradero y complejo debate doctrinal relacionado con el dolo, el que gira en torno a su contenido y

a su delimitación de la imprudencia, también ha tenido como motor evolutivo la superación por el finalismo del causalismo clásico y la posterior debilitación de las posiciones finalistas al irrumpir el normativismo funcionalista. De modo sumario, y dejando de lado los matices del debate, a veces de significativa importancia,²⁸ podríamos afirmar que el mismo se polarizaba entre, por una parte, los partidarios de la teoría de la representación que configuraban el dolo a partir del conocimiento del hecho que, sumado a la acción causal consciente, daría lugar al tipo doloso,²⁹ y, por otra, los defensores de la teoría de la voluntad que exigían junto al conocimiento y volición del hecho la constatación en el sujeto de su voluntad de causar el resultado delictivo como consecuencia de su propia acción.³⁰ El debate pareció estabilizarse gracias a posiciones modernas que configuraban el dolo como decisión contraria al bien jurídico³¹ y que permitían un acuerdo nominal en torno al dolo como "conocimiento y voluntad". Pero tal convención no era real, lo cual se comprobaba a la hora de resolver la diferencia entre dolo e imprudencia: la voluntad, para muchos, quedaba limitada a la volición del acto que sería doloso si se realizaba con conocimiento del riesgo considerado injusto;³² la voluntad, para otros, era distinta a la volición del acto y se plasmaba en la exigencia para la responsabilidad dolosa de una aceptación hipotética del resultado en el momento del actuar consciente y libre.³³ Esta última posición sobre el dolo en la que la voluntad o deseo con respecto al resultado se convertía en crucial para la diferenciación entre dolo e imprudencia, cayó pronto en desuso frente a la consideración, hoy generalizada, de que hay dolo (llamado eventual) aunque no haya una "voluntad" de que se produzca el resultado o riesgo típico siempre que haya un conocimiento de que el

²⁵ Así lo hace, por ejemplo, cuando cambia el significado de una conducta como la de vender un cuchillo con el conocimiento de que se va a utilizar para matar a otro. Véase Jakobs, G., "Beteiligung", en Dölling, D. (ed.), *Jus Humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrechts. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 2003, pp. 566.

²⁶ Robles Planas, R., "Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo", en Frisch, W., y Robles Planas, R., *Desvalorar e imputar*, Atelier, Barcelona, 2006.

²⁷ Kindhäuser, U., "El tipo subjetivo...", Miró Llinares, F., *Conocimiento e imputación...*, op. cit. Y recientemente, plantea también esta superación Pérez Barberá, G., *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

²⁸ Véase, para un completo análisis de las distintas posiciones sobre el contenido del dolo a lo largo del tiempo, de forma profusa y profunda, el reciente trabajo de Pérez Barberá, G., *El dolo eventual...*, op. cit., pp. 151 a 634.

²⁹ Von Liszt, F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Leipzig, Berlín, 1884.

³⁰ Beling, E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Paul Siebeck, Tubinga, 1906.

³¹ En este sentido, Roxin, C., *Derecho penal...*, op. cit. p. 444; Frisch, W., *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes: zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Carl Heymanns, Colonia, 1983.

³² Frisch, W., *Vorsatz und Risiko...*, op. cit., pp. 99 y ss.

³³ Roxin, C., *Derecho penal...*, op. cit., p. 446; Hassemer, W., "Los elementos característicos del dolo", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLIII, 1990, p. 916. En España, en el mismo sentido, Díaz Pita, M.ª M., *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.



mismo se va a producir.³⁴ La voluntad, entonces, pierde todo su poder definitorio al darse por probada con la constatación de la conciencia en el actuar,³⁵ y apenas serviría más que para diferenciar dolo directo de dolo eventual, y puesto que la categorización es básicamente simbólica y de ella no se extraen consecuencias de merecimiento de pena, el elemento volitivo queda relegado, de nuevo, a la mera volición del acto.

Así, pues, la “victoria nominal” de los defensores de la teoría del consentimiento al lograr que se conceptúe hoy el dolo como “conocimiento y voluntad”, no puede más que tildarse de “pírrica”. Mientras se afirma tal cosa, tanto la mayoría de la doctrina como casi la totalidad de los tribunales siguen excluyendo la presencia de “voluntad” exclusivamente al probar la ausencia de un actuar consciente, lo que equipara ésta a la volición del acto con representación; y los tribunales centran sus argumentaciones sobre la diferencia entre dolo e imprudencia en el grado de probabilidad con que el autor se represente la realización de la conducta típica: probable en el caso del dolo, e improbable en el caso de la imprudencia, y ello desde la consideración, más que razonable, de que el merecimiento de pena no puede depender de una actitud interna del autor.³⁶

El fin del conflicto dialéctico, sin embargo, no es más que una tregua para la necesaria resolución de la problemática práctica de la diferenciación entre dolo e imprudencia. El ocaso del viejo debate entre “voluntad” y “representación” sólo ha servido para des-

cartar la intención como elemento nuclear del injusto doloso y diferenciador del imprudente pero, al hacerlo, ha destapado la debilidad funcional de los criterios clásicos de la teoría de la probabilidad³⁷ y ha puesto de manifiesto el carácter vago y valorativo y, por ello, de apariencia arbitraria en casos complejos, de tal diferenciación normativa entre responsabilidad dolosa y responsabilidad imprudente, sobre todo cuando la diferencia de pena derivada de la misma puede ser tan significativa como en el sistema penal español.³⁸ Y, por ello, han surgido nuevas voces que, desde posiciones dogmáticas diversas, apuntan conjuntamente hacia un replanteamiento de los postulados clásicos para tan esencial diferenciación entre dolo e imprudencia y marcan una misma dirección apuntalada en dos bases esenciales: la primera, que la diferencia entre dolo e imprudencia más que ontológica será normativa y, por tanto, de grado de responsabilidad;³⁹ la segunda, que el criterio esencial para el deslinde sería el diverso merecimiento de pena en uno y otro casos⁴⁰ y no tanto el conocimiento (en sentido psicológico) del sujeto.

2.2.2. *El moderno debate del contenido: dolo sin conocimiento e ignorancia deliberada*

La teoría reciente que con más fuerza expresiva ha defendido la idea de que cabe dolo sin conocimiento “en sentido psicológico” es la de Pérez Barberá y su “metaconcepto de dolo”.⁴¹ Sin embargo, no es la

³⁴ Así, en este sentido, Roxin, C., *Derecho penal...*, op. cit., p. 440.

³⁵ Así con claridad y en relación con el expresivo ejemplo de la infección de VIH, Frisch, W., “Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat?”, *BGHSt 36, 1, JuSch*, 1990, pp. 367 y ss.

³⁶ Puppe, I., “Kommentierung der § 15 StGB”, Neumann, U., Puppe, I., y Schild, W. (eds.), *Nomos Kommentar*, núm. 66, Nomos, Baden-Baden, 1995.

³⁷ Véase, Molina Fernández, F., *Cuadratura del dolo...*, op. cit. p. 698. Afirmación que debería contrastarse con interesantes intentos, más o menos recientes, como el de Puppe, I., *Vorsatz und Zurechnung*, Decker & Muller, Heidelberg, 1997, pp. 35 y ss., y su idea del conocimiento del “peligro cualificado”; o el de Struensee de diferenciar dolo e imprudencia a partir del elemento cognitivo, concretamente a partir de la idea de que el conocimiento del dolo tiene “como contenido más condiciones del resultado, más circunstancias fácticas que sustentan (substantiieren) el pronóstico de resultado”. Struensee, E., “Consideraciones sobre el dolo eventual”, *Indret*, núm.4, 2009, p. 11.

³⁸ Esto lo puso de manifiesto especialmente Molina Fernández con la brillante utilización de la paradoja sorites en Molina Fernández, F., *Cuadratura del dolo...*, op. cit., pp. 700 y ss.

³⁹ Hassemer, W., “Los elementos característicos del dolo”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLIII, 1990, p. 917; Cuello Contreras, J., “Aspectos sustantivos y procesales del dolo”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, 2005; Struensee, E., “Consideraciones sobre...”, op. cit. p. 11; Ragués i Vallés, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 175 y 529; Pérez Barberá, G., *El dolo eventual...*, op. cit., p. 656.

⁴⁰ Así especialmente Ragués i Vallés, R., *El dolo y su prueba...*, op. cit. p. 42.; también Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, M., *Dolo e imprudencia en el Código Penal español: análisis legal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 311 y ss.

⁴¹ Pérez Barberá, G., *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011. El trabajo es tan inusualmente sugerente, profundo y las tesis que defiende tienen tanto interés que resulta imposible realizar una valoración crítica completa de las mismas aquí. Sin embargo, serán objeto de comentario algunas cuestiones concretas, como su parecer respecto a la punición de la ignorancia deliberada, y, respecto a otras más genéricas, me veré obligado a esbozar valoraciones sin la profundidad y extensión que podrían merecer, pero que son imposibles aquí. En todo caso son recomendables algunos artículos y reseñas que han analizado y,

Conocimiento, dolo, responsabilidad dolosa

única ni la primera.⁴² Desde luego tal idea ya se derivaba, aunque desde parámetros diferentes, de las ideas del dolo como imputación de Hruschka.⁴³ Incluso puede decirse que la posibilidad de dolo sin conocimiento ya había sido apuntada, en el Derecho de influencia germánica, por la propia praxis judicial, debido a la importación, procedente de la *willfullblindness* del derecho penal anglosajón, de la denominada “ignorancia deliberada” o “ceguera intencionada”⁴⁴ que aporta la idea de que la total indiferencia hacia el conocimiento de algo puede llegar a equipararse valorativamente a conocer la realización del injusto.⁴⁵ Sin entrar en un completo análisis de la evolución de esta doctrina y de su recepción por los tribunales españoles, ya realizado de manera completa y precisa en castellano por Ragués i Vallés⁴⁶ y más recientemente por otros,⁴⁷ puede decirse que hay dos formas distintas de entender la idea de la “ignorancia deliberada”

que inciden significativamente en la comprensión sobre el contenido y la propia forma de constatación de la existencia de dolo y, lo que es más importante, que pueden dar lugar, y en la práctica podría afirmarse que ya lo están haciendo, a resoluciones judiciales diversas sobre casos idénticos.

La idea pura, que no originaria, de la ignorancia deliberada supone partir de supuestos de hecho en los que se daría por probado que el sujeto no conocía que realizaba el hecho injusto,⁴⁸ y consiste en entender que en esos casos, y pese a no haber conocimiento, habría responsabilidad dolosa.⁴⁹ Si bien esto se ha sostenido en algunas sentencias,⁵⁰ un análisis pormenorizado de las resoluciones en nuestro país que citan tal doctrina⁵¹ indica que son absoluta minoría las que acaban aplicándola de tal modo. La gran mayoría, por el contrario, ya sea que niega, explícitamente, la responsabilidad dolosa de quien actúa bajo ceguera

puntualmente, criticado con rigor, esta importantísima nueva obra sobre el dolo. Así, Ragués i Vallés, R., “De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico. Recensión de Gabriel Pérez Barberá, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, julio de 2012; Sánchez-Ostiz, P., Recensión a Gabriel Pérez Barberá, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 107, octubre de 2012; Manrique, M.L., “Reproche al ‘Dolo como reproche’”, *Pensar en Derecho*, núm. 2, 2013; así como el extenso desarrollo que dedica Pérez Barberá, G., *El dolo eventual... op. cit.*; y Córdoba, F., “Dolo y evitabilidad individual”, *Pensar en Derecho*, núm. 1, 2012.

⁴² Hruschka, J., “Sobre la difícil...”, *op. cit.* Siguiendo tales ideas, Miró Llinares, F., *Conocimiento e imputación... op. cit.*, pp. 200 y ss. Tampoco puede decirse que Vives Antón atara su concepto de dolo a “lo psicológico”: Vives Antón, T.S., *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; Vives Antón, T.S., “Reexamen del dolo”, en Muñoz Conde, F. (coord.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; e incluso sería discutible, a mi humilde parecer, que otros autores lo hicieran efectivamente, aunque para argumentar esto sería necesario un análisis imposible en estas páginas. Lo que sí sería cierto en cuanto a la teoría de Pérez Barberá, como señala Ragués i Vallés, es que “nadie había propuesto una teoría del dolo que, ya en su propia concreción conceptual, eliminara cualquier referencia a estados mentales”. Ragués i Vallés, R., “De nuevo, el dolo eventual...”, *op. cit.* p. 2.

⁴³ Hruschka, J., “Sobre la difícil...”, *op. cit.*

⁴⁴ Ragués i Vallés, R., *La ignorancia deliberada... op. cit.*, pp. 21 y ss.

⁴⁵ Como ha señalado Von Kaenel, la jurisprudencia americana lleva casi un siglo utilizando la doctrina de la *willfullblindness* para sustituir la exigencia de conocimiento actual: Von Kaenel, F.J., “Willful Blindness: A Permissible Substitute for Actual Knowledge Under the Money Laundering Control Act?”, *Washington University Law Review*, vol. 71, núm. 4, 1993, p. 1199.

⁴⁶ Ragués i Vallés, R., *La ignorancia deliberada... op. cit.*

⁴⁷ Véase el trabajo específico de Manrique, M.L., “Ignorancia deliberada y responsabilidad penal”, *Isonomía*, núm. 40, 2014, pp. 163-195; así como el extenso desarrollo que dedica Pérez Barberá, G., *El dolo eventual... op. cit.* También, aplicado a la concreta cuestión de la responsabilidad de los muleros del *phishing*, véase Miró Llinares, F., “La respuesta penal al ciberfraude: especial atención a la responsabilidad de los muleros del *phishing*”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 15, 2013, especialmente pp. 12 a 56.

⁴⁸ Manrique, M.L., “Ignorancia deliberada...”, *op. cit.*, p. 166. Antes de su análisis señala Manrique Pérez que “en lo sucesivo, daré por supuesto que en casos de ignorancia deliberada, el agente no miente acerca de su desconocimiento y, por esa razón, es necesario analizar qué tipo y grado de responsabilidad le corresponde”. Obviamente, hay otro tipo de casos, probablemente la mayoría, en los que el agente puede mentir.

⁴⁹ Jakobs, G., “Indiferencia como dolo...”, *op. cit.*, pp. 345 y ss.; Ragués i Vallés, R., *La ignorancia deliberada... op. cit.*, pp. 165 y ss.; Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P., “Casos difíciles, teoría del delito y doctrina de la imputación. Un análisis desde la diferenciación entre reglas de conducta y reglas de imputación”, en Miró Llinares, F. (dir.) y Rodríguez Ferrández, S. (coord.), *¿Casos difíciles o irresolubles?*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 83 y ss.; Pérez Barberá, G., *El dolo eventual... op. cit.*, pp. 138 y ss.

⁵⁰ Así lo han señalado, entre otras, la STS de 19 de enero 2005, así como la STS de 10 de diciembre de 2000, en la que el Alto Tribunal afirma que “quien se pone en situación de ignorancia deliberada, es decir, no querer saber aquello que puede y debe conocerse, y sin embargo se beneficia de esta situación –cobraba un 4% de comisión–, está asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio en el que participa, y por tanto debe responder de sus consecuencias”.

⁵¹ Véase el interesante y detallado análisis de la jurisprudencia del TS sobre este extremo llevado a cabo por Jaén Vallejo, M., “Dolo, error y prueba del dolo: análisis crítico de jurisprudencia”, *Cuadernos de Política Criminal*, 2010, núm. 100, pp. 215 y ss.

intencionada o ignorancia deliberada;⁵² bien utiliza tal supuesta doctrina para justificar tanto la responsabilidad a título doloso como a título imprudente situando en el conocimiento la diferencia entre una y otra;⁵³ o bien la convierte en una estrategia de argumentación probatoria que se apoyaría en la idea de que “el que no quiere saber” lo hace intencionadamente porque “algo debe intuir”, lo cual conformaría un conocimiento probable suficiente para el dolo.⁵⁴

Esta última forma de utilizar la idea de la “ignorancia deliberada”, probablemente la más usual en nuestro país, podría calificarse, cuanto menos, de técnicamente disfuncional, dada la contradicción entre la afirmación en las citadas sentencias de que puede haber dolo sin conocimiento y el posterior empeño en las mismas en argumentar acerca de lo que el sujeto probablemente sabía. Pero si nos olvidamos de las referencias expresas a si el dolo es o no conocimiento, la mayoría de las resoluciones no argumentan de modo diferente a como se hacía tradicionalmente para probar el conocimiento del sujeto más allá de lo que éste diga conocer. Al fin y al cabo, lo habitual, al margen de lo que el sujeto supiera, será que el agente afirme no saber que realizaba el hecho que resulta injusto, y los tribunales pueden argumentar frente a ello utilizando las reglas de la lógica y la experiencia para atribuir racionalmente al sujeto lo que se representaba en el momento de actuar. Y lo habitual, más que encontramos ante “casos puros de ceguera intencionada”,⁵⁵ será que lleguen a los tribunales supuestos en los que “la prueba” del conocimiento no es sencilla y se enfrenta a la declaración expresa del imputado de desconocimiento. Éstos no tienen por qué ser casos

de indiferencia, sino supuestos de compleja “prueba del dolo”.⁵⁶ Lo que ha sucedido con la aparición de esta idea de la ignorancia deliberada es que algunos tribunales han encontrado en ella una forma sencilla de argumentar sobre la responsabilidad dolosa saltándose la necesidad de justificar la atribución de conocimiento, incluso en casos en los que la misma podía probarse. Pero en cuanto acaban argumentando acerca de lo que el sujeto sabía por cómo se comportaba, la misma no supone ningún cambio en la comprensión del dolo.⁵⁷

Sin embargo, este uso jurisprudencial no sólo encierra el riesgo de confundir las exigencias para la responsabilidad dolosa, sino que desvía la atención sobre otros casos de interés, quizás los menos, pero sí los que plantean un nuevo entendimiento de la responsabilidad dolosa: aquellos en los que no es posible atribuir conocimiento de la realización del hecho injusto y, sin embargo, y conforme a un parecer doctrinal,⁵⁸ debería haber responsabilidad a título de dolo. Éste sí es el moderno debate sobre el contenido del dolo, y tiene dos vertientes, una de tipo técnico-dogmática y otra de carácter práctico-político criminal. La técnico-dogmática consiste en cómo construir un concepto de dolo sin conocimiento. La segunda radica en decidir si puede aceptarse que casos en los que el sujeto no tiene la capacidad (atribuida socialmente) de prever la causación del injusto, merecen la misma responsabilidad que casos en los que el sujeto sí la prevé.

Entrando en la cuestión técnica, la idea de la ignorancia deliberada parece contradecirse con las ideas tradicionales del dolo como conocimiento, y cuadra

⁵² En este sentido, la STS de 30 de octubre de 2009 (ponente Sánchez Melgar); la SAP de Madrid, de 26 de julio de 2011 (ponente Bronia Varona); y la SAP de Murcia de 4 de noviembre de 2010 (ponente Olmo Gálvez).

⁵³ En este sentido, la STS de 10 de noviembre de 2006 (ponente Martínez Arrieta); la STS de 30 de septiembre de 2010 (ponente Ramos Gancedo); la SAP de Valencia de 10 de mayo de 2011 (ponente Montes García); y la SAP de Barcelona de 4 de marzo de 2010, argumentando la responsabilidad dolosa del sujeto en la doctrina de la ignorancia deliberada, para luego indicar que tenía conocimiento sobre el hecho delictivo, pues éste no podía “ignorar que el hecho de que le propusieran constar como administrador era para dificultar el descubrimiento y persecución de cualquier actividad ilícita”.

⁵⁴ En este sentido, la STS de 20 de noviembre de 2006 (ponente Giménez García); la SAP de Murcia de 15 de febrero de 2011 (ponente Larrosa Amante); la SAP de Vizcaya de 21 de abril de 2010 (ponente González González); y la SAP de Barcelona de 9 de febrero de 2009 (Sección 7ª, ponente Ingelmo Fernández), trayendo a colación la doctrina de la ignorancia deliberada, para luego argumentar la conducta dolosa del sujeto en que “conoció el mecanismo de defraudación y aceptó su resultado”.

⁵⁵ Pérez Barberá, G., *El dolo eventual...*, op. cit., p. 140, nota 155.

⁵⁶ Así lo entiende también Jaén Vallejo, quien dice que muchos de los supuestos a los que se aplica tal criterio son casos en los que “es perfectamente posible apreciar dolo eventual”. Jaén Vallejo, M., “Dolo, error y prueba del dolo: análisis crítico de jurisprudencia”, *Cuadernos de Política Criminal*, 2010, núm. 100, pp. 215 y ss., p. 217.

⁵⁷ Siempre que lleve a la consideración como no dolosa de todos aquellos supuestos en los que haya una real indiferencia pero no pueda derivarse de ella ningún conocimiento de la ilicitud; Miró Llinares, F., “La respuesta penal...”, op. cit.

⁵⁸ Jakobs, G., “Indiferencia como dolo...”, op. cit., p. 347; Ragués i Vallès, R., *La ignorancia deliberada...*, op. cit., pp. 183 y ss.; Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P., “Casos difíciles...”, op. cit., pp. 102 y ss. Pérez Barberá, G., *El dolo eventual...*, op. cit., pp. 139 y ss.

Conocimiento, dolo, responsabilidad dolosa

más con concepciones modernas como la de Pérez Barberá y su metaconcepto de dolo.⁵⁹ Pero esto es así exclusivamente si se entiende el conocimiento como un concepto psicológico y que sólo hay conocimiento en los casos de responsabilidad dolosa. Lo cierto es que ni siquiera los que consideramos que un elemento central de la responsabilidad a título de dolo es la imputación del conocimiento, entendemos que dolo y conocimiento son lo mismo. El conocimiento sería, en realidad, un elemento de uno de los juicios necesarios para la consideración de un hecho como injusto doloso, pero no es el único ni el más importante. Para que haya responsabilidad a título de dolo no bastará con que se pueda imputar un hecho a alguien como conocido por éste y realizado con control (volición), sino que será necesario que se valore ese hecho como merecedor de responsabilidad a título de dolo. Y sin ese juicio de valoración del hecho, de comparación del mismo con la norma, no habría hecho doloso sino, a lo máximo, hecho conocido pero irrelevante penalmente.

Lo que esto significa es que lo que usualmente se denomina dolo englobaría dos procesos diferentes:⁶⁰ el primero consistiría en la imputación del hecho (atribución al agente de lo realizado), la cual exige como elemento crucial la atribución de control y conocimiento al sujeto y obliga a superar el análisis negativo de que no concurren los supuestos que excluyen la imputación (violencia y desconocimiento); la segunda consiste en la valoración del hecho en comparación con la norma, proceso en el que se atribuiría significado o sentido social a lo hecho (con conocimiento y control) y en el que se tendría en cuenta el sentido de merecimiento de pena derivado de la tipificación como dolosa de una conducta en relación con el hecho concreto ejecutado. Es el hecho (con conocimiento imputado) que resulta un injusto penal o que realiza el riesgo prohibido, lo que se valora como doloso. El conocimiento y la volición se tienen en consideración a la hora de atribuirle a alguien un hecho, pero no a la hora de la valoración de lo realizado

como “doloso” o “no doloso”. En ese momento lo que se hace es comparar el hecho con el “derecho”, por lo que puede y debe afirmarse con claridad que la consideración de un hecho como injusto doloso va, desde luego, muchísimo más lejos de la consideración de que ha sido realizado con conocimiento.⁶¹

En otras palabras: también puede decirse que en los casos de ceguera intencionada hay un hecho que se puede imputar al sujeto: en este caso su hecho consistiría en actuar con indiferencia conociendo que, debido a lo que hace, no puede llegar a conocer de ningún modo si realiza o no un injusto. Lo que sucede es que ese hecho con ese conocimiento (y con ese desconocimiento) no se valoraba usualmente como injusto doloso, sino sólo el hecho realizado con representación de todos los elementos que configuran el injusto. En otras palabras, con la aceptación de la ignorancia deliberada lo que cambia es el estándar que da lugar a la valoración de un hecho conocido como doloso, no la —siempre presente— imputación del hecho. En última instancia de lo que se trata es de que el consenso sobre cuándo tiene que exigirse responsabilidad a título de dolo podría estar cambiando y, para algunos autores, debería abarcar ahora casos que antes no entraban dentro de tal definición. La doctrina de la imputación, por tanto, así como otras posiciones dogmáticas diferentes⁶² a una idea puramente objetiva del dolo, permitirían construir un modelo de responsabilidad dolosa en el que cabría incluir casos de ceguera intencionada siempre que logran argumentar que la fuerza comunicativa en tales supuestos sería equiparable a la que solía asignarse a la representación del hecho injusto característica del dolo.

La cuestión, por tanto, no es tanto técnico-dogmática como político criminal, y su relevancia sí es crucial, pues de equipararse los supuestos de ignorancia deliberada a los que usualmente daban lugar a la responsabilidad dolosa, aceptaríamos una ampliación de tal forma de responsabilidad quizás congruente con la sociedad del riesgo y el punitivismo social en el que estamos inmersos, pero que debe ser ponderada con

⁵⁹ Pérez Barberá, G., *El dolo eventual...*, *op. cit.*, pp. 85-147 y 635 y ss.

⁶⁰ En idéntico sentido, aunque aceptando que puede haber dolo en casos en los que no haya una representación de todos los elementos del hecho injusto, Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P., “Casos difíciles...”, *op. cit.*, p. 106.

⁶¹ De hecho, conocimiento, en el actuar, prácticamente habrá siempre. El agente siempre sabe algo, también en el delito imprudente e incluso en lo que se denomina “imprudencia inconsciente”, aunque en esos casos lo conocido no es suficiente para una imputación “ordinaria”. Una vez que se determina qué se sabía, el tribunal realiza una valoración de que lo sabido es suficiente para la atribución de responsabilidad a título de dolo.

⁶² Ragués i Vallès, R., *La ignorancia deliberada...*, *op. cit.*, pp. 163 y ss.

el prisma de una concepción garantista y de mínima intervención del Derecho penal.

La discusión radica, pues, en si tiene el mismo merecimiento de pena la realización de un hecho injusto con conocimiento, que la realización de un hecho injusto sin conocimiento pero con total indiferencia hacia la potencial ilicitud. Si, como dice con razón Cuello Contreras, dolo e imprudencia son magnitudes de graduación de la responsabilidad,⁶³ entonces el problema consiste en determinar, bien se realice tal graduación partiendo de razones sobre el supuesto mayor riesgo del actuar doloso o imprudente,⁶⁴ o bien, como aquí se sostiene, a partir del distinto significado comunicativo que tiene el dolo frente a la imprudencia,⁶⁵ si los injustos realizados con tal indiferencia están más cerca de la responsabilidad dolosa o de la responsabilidad imprudente. A ello habrá que sumar, después, el análisis de si, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, tal interpretación es posible.

Hasta el momento, la doctrina mayoritaria, aunque escasa, es favorable a sancionar como dolosos los casos de ignorancia deliberada en sentido puro. En tal aspecto fue pionero Jakobs, para quien aquel que actúa con un alto grado de indiferencia hacia las normas y las consecuencias niega la expectativa normativa del mismo modo, en términos comunicativos,

que quien la niega aun conociéndola.⁶⁶ En sentido similar se han manifestado Pérez Barberá,⁶⁷ Cancio Meliá,⁶⁸ Sánchez-Ostiz⁶⁹ y Ragués i Vallès señalando que el grado de indiferencia hacia el bien jurídico que se muestra en algunos casos no es inferior al que se constata en las situaciones de dolo eventual y, desde una perspectiva de prevención general –tanto positiva como negativa–, la necesidad de sanción que suscitan aquéllos no es inferior a la de estos.⁷⁰ Eso sí, precisa Ragués i Vallès, esto no significa que todos los casos de indiferencia o ceguera ante los hechos sean iguales y merezcan la responsabilidad dolosa, sino exclusivamente aquellos en los que el sujeto

realiza una conducta objetivamente típica sin representarse que concurren en ella los concretos elementos de un tipo legal, pero sospechando que está actuando de manera potencialmente lesiva para algún interés ajeno y que pudiendo desistir de tal conducta prefiere realizarla manteniéndose deliberada o conscientemente en una ignorancia prolongada en el tiempo como medio para obtener algún beneficio, sin asumir riesgos propios ni responsabilidades.⁷¹

Frente a estas posiciones, en la dogmática penal alemana se han mostrado contrarios a la sanción de los casos de “ceguera intencionada” como dolo,

⁶³ Cuello Contreras, J., “Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 2, 2009.

⁶⁴ Frisch, W., *Vorsatz und Risiko...*, op. cit., pp. 98 y ss. En este sentido, en nuestro país, por todos, Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, M., *Dolo e imprudencia...*, op. cit., pp. 75 y ss. Frente a estas posiciones véase, por todos, los comentarios críticos de Feijóo Sánchez, B.J., “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo: sobre la normativización del dolo”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 65, 1998, pp. 313 y ss.

⁶⁵ Se deben fundamentalmente a Jakobs las ideas que relacionan las razones del distinto tratamiento punitivo entre dolo e imprudencia con la diferente expresión comunicativa que tiene el actuar doloso y el actuar imprudente. Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, 1996, p. 27; y también en Jakobs, G., “Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas” (trad. Díaz Pita), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992, pp. 135 y ss. En nuestro país han sostenido posiciones similares, con sus respectivos matices, Feijóo Sánchez, B.J., “La distinción entre...”, op. cit., pág. 311; Lorenzo Copello, P., *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 243; y Ragués i Vallès, R., *El dolo y su prueba...*, op. cit., p. 41; y también en Ragués i Vallès, R., *La ignorancia deliberada...*, op. cit., pp. 170 y ss. Véase sobre las distintas argumentaciones de la doctrina acerca de las razones de la mayor punición del dolo, Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, M., *Dolo e imprudencia...*, op. cit., pp. 40 y ss.

⁶⁶ Jakobs, G., “Indiferencia como dolo...”, op. cit. pp. 346 y ss.

⁶⁷ Pérez Barberá, G., *El dolo eventual...*, op. cit., pp. 139 y ss.

⁶⁸ Cancio Meliá, M., “¿Crisis del lado subjetivo del hecho?”, *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, núm. 10, 2005, p. 77, a partir de los argumentos de Jakobs.

⁶⁹ Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P., “Casos difíciles...”, op. cit., pp. 102 y ss.

⁷⁰ Pone un interesante ejemplo Ragués i Vallès, el de los individuos que, ante la sospecha de la existencia de un determinado riesgo, prefieren no investigar tanto como podrían: “por ejemplo, el encargado de seguridad de un tren que oye un ruido extraño en la locomotora pero prefiere no indagar en el sistema de frenado para evitarse las molestias que le supondría el tener que interrumpir la circulación de los demás convoyes”. A mi parecer, la aplicación de la doctrina de la imputación acercaría significativamente estos casos a los que se vienen denominando de “dolo eventual”. El encargado de seguridad que oye un ruido extraño y prefiere no indagar en el sistema de frenado sabe, desde luego, algo. En este caso conoce que hay algo fuera de lo usual y puede haberse imaginado que el problema sea en el sistema de frenado. Dependerá de cómo sea el ruido, de la experiencia anterior del encargado y de otros factores, el determinar si existe esa representación o no, pero en algunos casos podrá atribuirse responsabilidad dolosa y en otros, cuando ésta no esté, sólo imprudente. Ragués i Vallès, R., *La ignorancia deliberada...*, op. cit.

⁷¹ Ragués i Vallès, R., *La ignorancia deliberada...*, op. cit., pp. 192 y 193.

Conocimiento, dolo, responsabilidad dolosa

Kindhäuser,⁷² Roxin⁷³ y Puppe,⁷⁴ en parte gracias al apoyo que puede suponer que el §16 del *Strafgesetzbuch* diga que no hay dolo cuando no hay conocimiento de “una circunstancia perteneciente al tipo legal”. En nuestro país, y aparte de las verdades por mí en trabajos dedicados a tipologías delictivas específicas,⁷⁵ apenas hay posicionamientos contrarios a tal expansión de la “responsabilidad dolosa”. El que hay, sin embargo, procedente de Argentina, es de gran interés. Se trata del trabajo de Manrique Pérez, quien, tras criticar la equiparación entre dolo eventual e ignorancia deliberada, describe ésta como un ilícito atípico equiparable al actuar en fraude de ley.⁷⁶ Sin poder, aquí, entrar en una valoración completa de las posiciones de la autora en cuanto a su configuración de la ignorancia deliberada como un fraude de ley, sí me interesa recalcar dos importantes consideraciones que hace en su trabajo. La primera es relativa a su explicación de la ignorancia deliberada como error y, por tanto, como excluyente del dolo. Señala Manrique Pérez, con razón, que si bien es posible que ciertas formas de ignorancia no sean una forma de error, todo el que yerra sobre la verdad de una proposición ignora cuál es la situación correcta, y esto es lo que sucede en los casos de ignorancia deliberada.⁷⁷ Pero aún más relevante, para el debate español, es lo que señala en cuanto a si la ignorancia deliberada es una solución válida en sistemas donde no se define legalmente el dolo. Frente a la opinión de Ragués i Vallès, de que en esquemas legales como el nuestro en los que el dolo no está definido, la dogmática puede “rellenar” los conceptos y ello haría posible entender la ignorancia deliberada como dolo,⁷⁸ defiende Manrique Pérez la necesidad de reformas legales explícitas que den mayor certeza e impidan “la manipulación del contenido normativo por parte de jueces y dogmáticos”. Añade la autora que las reformas legales son “lentas y

costosas”, pero en ese caso quizás así deban ser: “en materia penal las reformas deben ser excepcionales, públicas y legitimadas por la autoridad legislativa”.⁷⁹

En mi opinión asiste razón a Ragués i Vallès⁸⁰ y a Pérez Barberá⁸¹ al defender, desde conceptos normativos del dolo, similares al que aquí mismo se sostiene, que algunos supuestos de indiferencia (sin representación) son, en términos de merecimiento, más graves que la propia imprudencia y están muy cercanos a los supuestos de actuar con representación. La intensidad de negación de la norma (y del interés social que ella debe tutelar) que comunica quien se representa el injusto no está lejos de la que comunica el que se mantiene de manera continua y deliberada en una posición en la que tampoco podrá evitar (o no intentará) realizar injustos penales. No creo, sin embargo, que tales grados de comunicación sean idénticos y, desde luego, lo que no puede negarse es que se trata de comunicaciones distintas. Además, tampoco son idénticos todos los casos en que se actúa bajo ceguera intencionada, y no todos ellos deberían tener el mismo merecimiento de pena, estando algunos más cercanos al del dolo y otros a la imprudencia.

Por otra parte, también creo que, superada la visión psicologicista del dolo, nada impediría, desde una perspectiva de construcción dogmática técnica, considerar tales supuestos como dolo eventual. Ni siquiera es imprescindible, para hacerlo, optar por una posición puramente objetiva del injusto en el que no se tenga en cuenta a la persona.

Pese a todo ello, sin embargo, y puesto que existe un fuerte entendimiento social y jurisprudencial que asimila a la responsabilidad dolosa la representación del injusto y el mayor reproche que merece el realizar el hecho al que le es evitable hacerlo, una lectura garantista de los principios de legalidad y de proporcionalidad impediría, a mi parecer, la atribución de

⁷² Kindhäuser, U., “Gleichgültigkeit als Vorsatz?”, *Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag* (ed.), v. Arnold u. a., 2005, S. 345 (zit.: FS Eser).

⁷³ Roxin, C., *Derecho penal...*, op. cit.

⁷⁴ Puppe, I., *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Band 1, §15, 2005.

⁷⁵ Miró Llinars, F., “La respuesta penal...”, op. cit., pp. 12-49 y ss.

⁷⁶ Manrique, M.L., “Ignorancia deliberada...”, op. cit., pp. 189 y ss.

⁷⁷ Manrique, M.L., “Ignorancia deliberada...”, op. cit., p. 185. En sentido similar sobre esto, Kindhäuser, U., “Gleichgültigkeit als...”, op. cit., p. 358.

⁷⁸ Ragués i Vallès, R., *La ignorancia deliberada...*, op. cit., pp. 193 y ss.

⁷⁹ Manrique, M.L., “Ignorancia deliberada...”, op. cit.; interesante también, en este sentido, sus argumentaciones críticas sobre la construcción de conceptos por la dogmática penal en Manrique, M.L., “Reproche al ‘dolo como reproche’”, en *Pensar en Derecho*, núm. 2, 2013, pp. 89 y ss.

⁸⁰ Ragués i Vallès, R., *La ignorancia deliberada...*, op. cit., pp. 184 y ss.

⁸¹ Pérez Barberá, G., *El dolo eventual...*, op. cit., p. 145.

responsabilidad dolosa en supuestos de hecho que, tanto conceptualmente como en términos de merecimiento, no pueden considerarse idénticos a los que por tradición han configurado tal responsabilidad. Podría argumentarse, frente a esto, que tampoco son supuestos idénticos a los que configuran usualmente la responsabilidad imprudente. Es cierto que son casos en los que puede haber “algo más que un simple error” pero, desde luego, y pese a algunos empeños,⁸² en los supuestos de ignorancia deliberada o ceguera intencionada objeto de análisis hay ausencia de representación (error)⁸³ y, por tanto, incumbencia suficiente para realizar una imputación extraordinaria y valorar el hecho como injusto imprudente.

Pese a la inexistencia de una definición legal de dolo,⁸⁴ existe una tradición de décadas, socialmente admitida y jurisprudencialmente aceptada, que une dolo a representación (imputada al sujeto), y que identifica el error como el no conocimiento de algo, y que nunca ha ido más allá. Superar tal idea exigiría, a mi parecer, una reforma legislativa que procediera, tal y como ha demandado la doctrina, a una ampliación de categorías que “pudiera dar cuenta de la progresividad”⁸⁵ y que, en particular, podría tratar de forma específica este tipo de actuaciones y el mayor merecimiento de pena, frente al actuar imprudente, que podrían requerir tales conductas.⁸⁶ Mientras no sea

así, cuando el sujeto actúe sin representación y con indiferencia hacia los hechos, si bien cualquiera de las soluciones interpretativas (la de ubicarlo en dolo, la de ubicarlo en la imprudencia o la de no castigar tales hechos) es (al menos parcialmente) insatisfactoria;⁸⁷ lo es más –por vigencia del principio de legalidad y el principio de intervención mínima– la sanción de tales hechos a título de dolo y, por tanto, tales hechos deberían sancionarse como imprudencia.⁸⁸

Esta solución interpretativa, por otra parte, no parecerá tan problemática si se tiene en cuenta que los casos de ceguera intencionada pura que lleguen a los tribunales serán los menos,⁸⁹ lo cual parece claro si se piensa detenidamente en los requisitos que el propio Ragués i Vallès exige para la solución del dolo, y también si se observa que muchos de los casos que la jurisprudencia ha tratado de integrar en los supuestos más graves de la ignorancia deliberada y, por tanto, de merecimiento de pena más cercano al dolo eventual, son supuestos en los que se puede atribuir al sujeto una suficiente representación del injusto para considerar que hay responsabilidad dolosa. Así, el sujeto que acepta transportar la maleta desde el aeropuerto de La Paz sin mirar su interior y a cambio de una cantidad de dinero tan alta que sólo podemos imaginar que está relacionada con el tráfico de drogas le podremos sancionar dolosamente por tal delito si lo que lleva es

⁸² Ragués i Vallès, R., *La ignorancia deliberada...*, op. cit., p. 197. Probablemente porque ése sea el punto débil de su construcción. Se apoya para ello, además de en referencias clásicas de Aristóteles y Santo Tomás, en Jakobs, G., “Indiferencia como dolo indirecto”, *Dogmática y Ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, Barcelona, 2004, y en la idea de éste de que resulta obvio que “no todo desconocimiento es un error”. Jakobs, G., “Indiferencia como dolo...”, op. cit., p. 349. Conceptualmente no creo que sea discutible que error e ignorancia sean diferentes, básicamente en el sentido de que la ignorancia conlleve “algo más” que el error, pero a los efectos de la imputación de hechos, lo cierto es que cuando se actúa ignorando algo no se puede imputar esto al sujeto de forma ordinaria puesto que el sujeto no ha decidido con la libertad mínima sobre ello. Véase Hruschka, J., *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

⁸³ En sentido similar, Kindhäuser, U., “Gleichgültigkeit als...”, op. cit., p. 358.

⁸⁴ Argumento en el que construye Ragués i Vallès su opinión de que castigar como dolo la ignorancia deliberada no contradice el principio de legalidad. Ragués i Vallès, R., *La ignorancia deliberada...*, op. cit., pp. 193 y ss. Resulta significativo que el propio autor, después de señalar que con los estándares habituales de la jurisprudencia constitucional la inclusión de la ignorancia deliberada en el dolo no debería suscitar problema alguno, añade que “para quien actúe en tal estado no debe resultar imprevisible que su hecho pueda ser tratado como doloso”. ¿Como doloso de qué delito?, ¿quiere decir Ragués que el sujeto se está representando el injusto aunque no lo exprese?

⁸⁵ Molina Fernández, F., *Cuadratura del dolo...*, op. cit., pp. 739 y ss. En sentido similar a la necesidad de incrementar las categorías de la “tipicidad subjetiva”, y concretamente a asemejar nuestro sistema a los angloamericanos que diferencian entre *purpose, knowledge, recklessness* y *negligence*, se han expresado Feijóo Sánchez, B.J., “La distinción entre dolo...”, op. cit., p. 354; Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, M., *Dolo e imprudencia...*, op. cit., p. 218; y Ragués i Vallès, R., *La ignorancia deliberada...*, op. cit., pp. 176 y ss.

⁸⁶ Lo cual, a su vez, y como señala Manrique, M.L., “Reproche al ‘dolo...’”, op. cit., podría obligarnos a tener en cuenta los motivos de la ignorancia a la hora de su valoración como injusto. En este sentido también se manifiesta Hellman, D., “Wilfully Blind for Good Reason”, *Crime, Law and Philosophy*, núm. 3, 2009, pp. 301 y ss., quien propone una diferenciación entre casos de ceguera intencionada por “malos” y por “buenos” motivos.

⁸⁷ Manrique, M.L., “Ignorancia deliberada...”, op. cit., que, congruentemente, considera que los casos no serían punibles ni por dolo ni por imprudencia. Puede tener razón la autora, pero obvia que la mayoría de los casos de ignorancia deliberada serán imprudencias punibles.

⁸⁸ En sentido similar, si bien para el Derecho penal alemán con las diferencias legales ya comentadas, se postula Roxin al entender que pese al mayor merecimiento que podría conllevar la ceguera intencionada frente al actuar imprudente, resulta imposible la sanción dolosa en el sistema alemán y defiende una regulación específica de los mismos. Roxin, C., *Derecho penal...*, op. cit.

⁸⁹ Puppe, I., *Nomos Kommentar...*, op. cit.

Conocimiento, dolo, responsabilidad dolosa

cocaína o heroína, puesto que las reglas de la lógica y de la experiencia nos permiten hacerlo.⁹⁰ Pero, en el caso de transportar en el citado maletín, obviamente sin saberlo, una bomba, ¿le podríamos sancionar por las tentativas dolosas de homicidio al evitar la policía que, para increíble sorpresa del que piensa que lleva estupefacientes, estalle? Tiene razón Hellman cuando dice que quienes defienden la teoría de la ignorancia deliberada quieren solucionar el supuesto en el que el sujeto transporta droga a partir de la intuición moral de que este caso debería ser doloso,⁹¹ quizás, añado yo, por el apego tradicional a la concepción psicológica del conocimiento y sin darse cuenta de que, sin ella, el supuesto encaja perfectamente en “el dolo”, en vista de que sí se puede imputar en él la representación. Pero lo grave es que, para hacerlo, han creado una teoría que permitiría sancionar el segundo caso como doloso y no como lo que es, responsabilidad imprudente a la que se le une una actitud con respecto al derecho y a la legalidad (similar al fraude de ley) que, en todo caso, podrían merecer una respuesta penal específica cuando la misma se regule en el futuro.

Es evidente que la cuestión de la ignorancia deliberada dará lugar a más debate. También es previsible que el legislador tarde en regular y que cuando lo haga cree nuevos problemas. Pero mientras esperamos a quien tiene la potestad de regular, creo que los tribunales pueden seguir atribuyendo el conocimiento sin caer en la arbitrariedad y, a la vez, no creo que debamos sancionar como dolo conductas que no cumplen los requisitos que, hasta hace muy poco, se exigían para hacerlo. Sobre esto, en todo caso, se volverá más adelante.

2.3. ¿Prueba o imputación del dolo? Del psicologismo a la normativización del conocimiento

El debate sobre si el dolo se prueba o se imputa constituye la más reciente y, quizás, fútil discusión en torno a este instituto penal. Al fin y al cabo, la utilización de una u otra terminología deriva del abordaje filosófico del problema, pero no tendría por qué conllevar consecuencias relevantes a la hora de resolver los supuestos prácticos. Pese a ello, y dados los posicionamientos que defienden, plantearé la cuestión sucintamente.

La cuestión de la determinación del dolo, de la fijación de los mecanismos en función de los cuales se admite o se rechaza la existencia de un determinado conocimiento, ha transitado por costumbre entre dos tendencias: la tradicionalmente aceptada idea psicologista apoyada en las ideas de Feuerbach de que el dolo depende de la constatación de la presencia de determinados procesos psicológicos presentes en el sujeto, y la idea normativa, que, a grandes rasgos, englobaría todas aquellas teorías que tratan de definir el dolo no como realidad empírica, sino como “realidad valorada”⁹² y que parte, en realidad, de la crítica a la concepción psicológica bajo la argumentación: bien de que al Derecho penal no le interesa la realidad psicológica, bien de la imposibilidad de llevar a la práctica una averiguación psicológica del conocimiento.⁹³ A ellas, dice Pérez Manzano,⁹⁴ habría de sumarse una categoría de teorías mixtas que defienden la esencia normativa pero sin exclusión de todo aspecto fáctico psicológico en su composición.⁹⁵

⁹⁰ Este caso, con el cambio de que el turista viene del aeropuerto de Bolivia, es considerado el supuesto “escenario” de ignorancia deliberada, y se corresponde esencialmente con el famoso supuesto “United States v. Jewell”, de 1976. Husak, D.N., y Callender, C.A., “Wilful Ignorance, Knowledge, and the ‘Equal Culpability’”, *A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality*, 1994, p. 39.

⁹¹ Hellman, D., “Wilfully Blind...”, *op. cit.*, pp. 301 y ss.

⁹² Díez Ripollés, J.L., *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 73.

⁹³ Ragués i Vallès, R., *El dolo y su prueba...*, *op. cit.*, p. 275.

⁹⁴ Pérez Manzano, M., “Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo”, en García Valdés, C., Valle Mariscal de Gante, M., Cuerda Riezu, A., Martínez Escamilla, M., y Alcácer Guirao, R. (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, vol. I, Edisofer, Madrid, 2008, p. 1456. Señala la autora que habría que ubicar en éstas las tesis “que afirman de una forma genérica que el dolo tiene naturaleza normativa en la medida en que la definición y configuración de lo que el dolo es se decide por el Derecho seleccionando aquellos elementos de la realidad que, desde una cierta perspectiva jurídica, [...] son idóneos o necesarios para integrarlo” (Pérez Manzano, M., “Dificultad...”, *op. cit.*, p. 1457). Cita la autora las posiciones de Hassemer, W., “Los elementos característicos...”, *op. cit.*, pp. 915 y ss., y de Schünemann, B., “De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo”, en Schünemann, B., *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 109, entre otras.

⁹⁵ En efecto, muchos de quienes dicen que el dolo es psicológico afirman que el dolo puede ser, también, un concepto normativo. Romeo Casabona, C.M.^a, “Sobre la estructura monista del dolo. Una visión crítica”, en Jorge Barreiro, A., Bajo Fernández, M., y Suárez González, C.J. (coords.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 945, y ello dado que “el Derecho penal al construir el dolo ha renunciado a captar en él todas las facetas internas de la acción, seleccionando tan sólo aquellas que son más significativas para la valoración jurídico-penal de esa parte de la acción”, y de entre quienes dicen que el dolo es normativo, reconocen que

El principal cambio metodológico no lo constituye tanto, a mi parecer, el normativismo como la idea de la imputación del dolo o, más bien, del conocimiento. A partir, en particular, de la obra de Hruschka son varios los autores que hemos comenzado a sostener que el dolo no “se prueba”, sino que “se imputa”,⁹⁶ en el sentido de que la determinación del dolo no es posible mediante una averiguación empírica de fenómenos psíquicos, sino mediante una imputación que atienda a los criterios sociales de imputación de conocimientos: sólo así “podrá garantizarse que el hecho haya constituido la realización consciente de un comportamiento que contradice una norma penal ante la colectividad y, sólo en tal caso, podrá conseguirse que la pena asignada al delito doloso, como réplica a éste, despliegue adecuadamente sus efectos en el seno de la sociedad”.⁹⁷

En realidad, la afirmación de que el dolo se imputa podría matizarse por el propio Hruschka en el sentido de que el dolo no sólo se imputa sino que se valora⁹⁸ pero, sobre todo, bajo la concepción de que el conocimiento (más que el dolo) no se prueba sino que se atribuye, se imputa. Pese a las críticas que esta concepción sigue recibiendo,⁹⁹ cuyo contraste y crítica resulta imposible aquí, creo que no sólo es más correcto afirmar que el conocimiento se atribuye, sino que hacerlo no conlleva, en ningún caso, reducción o flexibilización alguna de las exigencias probatorias de los “elementos subjetivos del tipo”. El conocimiento no se describe ni se prueba, sino que se imputa o “se crea”, pero no de un modo arbitrario, sino por medio de la utilización de reglas que definen en qué caso puede decirse que un sujeto ha sabido algo, cuando le damos el significado de saber;

pues ni siquiera el sujeto puede decir que sabe algo y eso está fuera de toda duda.¹⁰⁰ Al fin y al cabo dolo, o, más bien, conocimiento, no es lo que el sujeto, en su proceso interno, cree saber, ni siquiera lo que pueden inferir los otros del contenido del proceso interno de alguien más a partir del propio, sino lo que significa que el sujeto sabe, que no dependerá de él, sino del uso que al significado de saber algo le dé el lenguaje. Así, y como ya he argumentado en otro lugar,¹⁰¹ puede ocurrir que aquello que socialmente significa que alguien sabía algo parezca falso cuando, por ejemplo, el autor desvele algo que no se conocía públicamente. Pero, en ese caso, no hay una contradicción entre lo que se valora como sabido y lo que se sabía, ni entre lo interno (conocido por el sujeto) y lo externo (inferido), sino un presupuesto diferente, puesto que la aplicación de las reglas de imputación era correcta sobre la base del sentido social de la conducta y de las circunstancias que la acompañaban.¹⁰² Pues, como ha puesto de manifiesto Vives Antón, lo que el sujeto sabía “auténticamente” ni siquiera lo puede decir el propio sujeto sin utilizar el significado social de lo que es saber algo, y, por ello mismo, “mi descripción o mi identificación de un objeto no determinan sus propiedades”, pues el lenguaje ha de ser público.¹⁰³ “Un proceso interno necesita criterios externos”.¹⁰⁴

Conforme a esto, puede reconocerse que la diferencia fundamental que existe entre quienes afirman que el dolo (o conocimiento) tiene que probarse y los que entendemos que tiene que imputarse en términos de razonabilidad es terminológica o “de lenguaje filosófico”.¹⁰⁵ Sobre esto se volverá más adelante.

tal solución puede plantear déficits de legitimidad al ser posible que un sujeto no haya conocido “psicológicamente” lo que se le imputa como conocido; Ragués i Vallès, R., *El dolo y su prueba...*, op. cit., p. 328.

⁹⁶ Hruschka, J., “Sobre la difícil...”, op. cit., pp. 27 y ss.

⁹⁷ Ragués i Vallès, R., *El dolo y su prueba...*, op. cit., p. 357.

⁹⁸ Puesto que el dolo está en la imputación y también en la *applicatio legis ad factum*.

⁹⁹ La más reciente, la de Pérez Barberá, G., *El dolo eventual...*, op. cit., pp. 591 y ss., y 702 y ss.

¹⁰⁰ Véase la brillante explicación que de esto hace Vives Antón, T.S., “Reexamen del dolo”, en Muñoz Conde, F. (coord.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 381, donde revisa la “gramática defectuosa” que hay detrás de la idea del saber como un proceso mental que sólo conoce el que lo realiza y no los demás. Véase también sus reflexiones en Vives Antón, T.S., *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 216 y ss., especialmente pp. 233 y ss.

¹⁰¹ Miró Llinares, F., *Conocimiento e imputación...*, op. cit., p. 200.

¹⁰² Y eso puede pasar tanto en la concepción psicológica como en la normativa.

¹⁰³ Vives Antón, T.S., “Reexamen del dolo”, op. cit., p. 380.

¹⁰⁴ Wittgenstein, L., *Investigaciones filosóficas*, Crítica, Barcelona, 1988, parágrafo 580. Véase al respecto también Ramos Vázquez, J.A., *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 274.

¹⁰⁵ Reconoce esto de forma implícita, a la vez que critica las ideas que aquí se sostienen, Pérez Barberá, G., *El dolo eventual...*, op. cit., p. 744.

Conocimiento, dolo, responsabilidad dolosa

3. Lo accesorio y lo relevante de los debates eternos y para el Derecho penal moderno

3.1. Acerca de “lo accesorio”

No será aquí donde se diga que la discusión no es importante, pero sí donde se reconozca que debiéramos minimizar la relevancia práctica del debate en torno a la posición del dolo en el delito. Si bien, a mi humilde parecer, carece totalmente de sentido seguir distinguiendo un juicio de tipicidad objetiva de un juicio de tipicidad subjetiva que es donde, supuestamente, se situaría el dolo, puesto que prácticamente toda la doctrina parte de la imputación de los conocimientos y errores propios de los sujetos antes de la valoración (normativa) del hecho como injusto, no es este debate especialmente trascendental en la práctica penal actual. Los tribunales, para llevar a cabo la supuesta “imputación objetiva” de un riesgo, parten de que hay una previa atribución de conocimiento que configura el objeto de la valoración del hecho y, sin embargo, argumentan después como un añadido (la exigencia de dolo) a la existencia de infracción del deber. Que se siga hablando, entonces, de imputación objetiva pese a que para tal proceso de valoración se tenga en cuenta el conocimiento (imputado) de quien actúa es artificioso, pero no excesivamente problemático. Por lo menos, no lo es para los tribunales que no tienen en cuenta en realidad el proceder sistemático imposible de separar tipicidad objetiva y subjetiva, pero sí tratan de abstraer de las intenciones y de las percepciones de conocimiento del propio sujeto, la valoración de los hechos, que sólo puede ser normativa. El debate de la posición se convierte, pues, en accesorio, mientras los filtros se ordenen, pese a lo que se diga, de forma adecuada.

Algo similar sucede con la cuestión referida al carácter psicológico o normativo del dolo y a si el mis-

mo, por tanto, se prueba o se imputa. Como ya se ha dicho, el debate es más filosófico que práctico. Cuando un juez afirma que hay que probar el conocimiento no está diciendo nada distinto a lo que decimos quienes aseveramos que hay que imputar el conocimiento: se está declarando que hay que atribuirle a alguien aquello que, conforme al uso social, significa única y exclusivamente “saber algo”.¹⁰⁶

La cuestión práctica relevante no es si existen o no los hechos psicológicos,¹⁰⁷ tampoco la cuestión es si el conocimiento sería ese algo o su significado.¹⁰⁸ Lo importante en la práctica no es que se utilice un proceso de definición desde lo psicológico, o un proceso de imputación, sino que se mantengan todas las garantías en el proceso penal para que aquello que socialmente se considere como actuar con conocimiento, se corresponda con lo que exige una sociedad justa e igualitaria basada en la dignidad y que atienda a las diferentes capacidades de las personas. En otras palabras, la responsabilidad a título de dolo exige que el juez constate una correspondencia total entre lo que socialmente diríamos que el sujeto ha hecho y aquello que socialmente se valora con un mayor merecimiento de sanción por haber actuado con dolo. Esto exige argumentación racional y una definición quizás imposible de ser totalmente precisa, pero con tendencia a ella lo más concreta posible de cuándo se actúa de forma que se merece una responsabilidad dolosa y cuándo no. Y el verdadero problema que se está dando actualmente en la práctica jurisprudencial, y que no viene originado por la definición del dolo desde una perspectiva normativa, es la tendencia hacia la ausencia de argumentación de la responsabilidad dolosa y la falta de criterios para la imputación del dolo.

En otras palabras, el debate sobre si el dolo se prueba o se imputa es accesorio, que efectivamente se haga es lo relevante. Y aunque es ésta una labor que, obviamente, corresponde a los tribunales, parte de la

¹⁰⁶ Al fin y al cabo, vivimos en sociedad, y el significado de cómo nos comportamos no lo damos nosotros sino que nos es socialmente dado, lo cual nos obliga a superar (de forma expresa o tácita) la idea de que es posible un procedimiento empírico para el descubrimiento de lo que, sin embargo, no es un elemento de la realidad sino, más bien, de la idealidad. Así, dice Hruschka, en relación con quienes definen el entendimiento del dolo como imputación como un acto arbitrario de construcción de la realidad, que son semejantes ideas las que “pueden provocar errores y ser la fuente de nuevas equivocaciones atribuibles al hecho que los científicos criminales o sociales —o incluso los psicólogos— sitúan su particular acto de imputación o su propia negación de la imputación en el lugar que corresponde a la, digamos, imputación judicial o a su negación” (Hruschka, J., “Sobre la difícil...”, *op. cit.*, p. 156).

¹⁰⁷ Así lo afirma Pérez Manzano, M., “Dificultad...”, *op. cit.*, p. 1462, a partir de los trabajos de Searle y González Lagier, para acabar señalando que “los fenómenos psicológicos son realidades naturales en cuanto derivan de procesos neurofisiológicos” (Pérez Manzano, M., “Dificultad...”, *op. cit.*, p. 1466).

¹⁰⁸ Miró Llinares, F., *Conocimiento e imputación...*, *op. cit.*, pp. 200 y ss. Frente a ello, Pérez Manzano, M., “Dificultad...”, *op. cit.*, pp. 1463 y ss., y más recientemente, Pérez Barberá, G., *El dolo eventual...*, *op. cit.*, pp. 721 y ss.

responsabilidad de que éstos no siempre lleven a cabo la tarea de prueba (o imputación) como debieran, recae en la doctrina que, con singulares excepciones,¹⁰⁹ olvida la singular conexión entre el Derecho sustantivo y el procesal,¹¹⁰ y ha obviado casi por completo la labor de creación de criterios de imputación de la responsabilidad dolosa dando por válidos, o simplemente no ocupándose, de metodologías y argumentaciones jurídicas respecto de la prueba francamente mejorables.¹¹¹

Más que discutir, pues, sobre si el dolo se prueba o se imputa es importantísimo asumir que también es función nuestra la de crear criterios de imputación (o prueba) específicos para los distintos tipos delictivos que, al igual que ha sucedido con la denominada imputación objetiva, sirvan como criterios generales, y se vayan concretando y especificando según las tipologías de conductas y los delitos concretos a los que se apliquen. Ha habido algunos desarrollos concretos de criterios de imputación,¹¹² pero queda aún un camino largo por recorrer. Algunos pasos nuevos tratarán de darse a continuación para frenar la objetivización de la responsabilidad dolosa en el Derecho penal de empresa.

3.2. *Acerca de lo relevante: “otra vez”, la diferenciación entre dolo e imprudencia*

La cuestión que sí tiene importancia en la práctica jurídico-penal es la definición del contenido de la responsabilidad dolosa y, a partir de ella, de su distinción de la responsabilidad imprudente. Y sobre ella, esto es cierto, lo único que daría lugar a un acuerdo unánime es que se trata de una tarea de enorme dificultad. Pero en vista de que, como ya se ha dicho, pueda definirse como compleja y, en cierto sentido, casi irresoluble no la hace desaparecer como problemática real; por ende, trataré de ofrecer algunas ideas sobre el contenido del dolo que pueden servir

para su diferenciación de la responsabilidad a título imprudente. Lo haré a partir de la aceptación, tras el análisis realizado, de algunos puntos de partida esenciales que pueden ayudar a afrontar con éxito la tarea: el primero, que dolo e imprudencia son básicamente grados de responsabilidad –uno menor (imprudencia) y otro mayor (dolo)– y que quizás podría haber más; el segundo, que ni la voluntad ni el conocimiento, entendidos en sentido psicológico, pueden constituir los criterios determinantes a la hora de diferenciar tales formas de responsabilidad; el tercero, que la atribución de responsabilidad dolosa o imprudente depende de procesos de valoración de hechos, de comparación de conductas con reglas de conducta, y que tal valoración deberá tener en consideración el fundamento de la mayor pena de la responsabilidad dolosa. En cuanto a esto último, y pese a que simplemente puedo esbozar aquí lo que merecería un mayor desarrollo, entiendo que socialmente una conducta tiene un mayor significado comunicativo de contrariedad a la norma y al interés social que ésta debe proteger por parte de quien, conforme a la imputación del conocimiento con el que actúa, se representa el hecho injusto (dolo) que por parte de quien no lo hace pero, por su actuar previo, le incumbiría hacerlo (imprudencia). Esto supone afirmar que aquello que diferencia el tipo doloso del tipo imprudente es la valoración (normativa) más grave que se hace del hecho peligroso realizado por el sujeto con representación y por tanto con capacidad de evitación del injusto. Eso sí, capacidad de evitación que es (al habersele imputado a él) del propio sujeto, y no de un tercero o de cualquier otra categorización de modelo ideal de sujeto situado en su lugar. Para que el sujeto responda por el tipo doloso tiene que haber actuado representándose el hecho peligroso en que consiste el hecho injusto. Lo cual, desde luego, no supone afirmar que el elemento definitorio del dolo sea el conocimiento psicológico; tampoco en realidad lo es el conocimiento imputado, aunque sin

¹⁰⁹ En particular resultan loables los esfuerzos de Freund, G., *Normative Probleme der “Tatsachenfeststellung” eine Untersuchung zum tolerierten Risiko einer Fehlerurteilung im Bereich subjektiver Deliktsmerkmale*, Müller, Heidelberg, 1987; y de Ragués i Vallès, R., *La ignorancia deliberada...*, *op. cit.*

¹¹⁰ Jaén Vallejo, M., “Los principios de la prueba en el proceso penal español”, en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_16.pdf, consultado el 6 de marzo de 2014.

¹¹¹ Véase el interesante análisis al respecto de Paredes Castañón, J. M., “Análisis y problemas metodológicos en la prueba del dolo”, *Nuevo Foro Penal*, núm. 66, 2003, pp. 121 y ss.

¹¹² Así, resulta interesantísimo el análisis y valoración que, ya hace casi tres décadas, llevó a cabo Zugaldía Espinar de los criterios de prueba (o imputación) que utilizaba el Tribunal Supremo para diferenciar el dolo eventual de la imprudencia. Por medio de lo que era un aparente análisis de los criterios judiciales se lleva a cabo, más allá de la mera descripción, una valoración de cómo debe imputarse el dolo eventual. Zugaldía Espinar, J.M., “La demarcación entre el dolo...”, *op. cit.*, pp. 395 y ss., especialmente pp. 406 y ss.

Conocimiento, dolo, responsabilidad dolosa

él no hay dolo. El elemento definitorio de la responsabilidad dolosa consiste en realizar, con conocimiento, y por tanto con una mayor desconsideración comunicativa frente a la norma negada, aquello que constituye un injusto penal. Y esto implica, y es lo que debería servir de criterio hermenéutico diferenciador entre dolo e imprudencia, que para que haya dolo el sujeto tendrá que representarse efectivamente la realización de aquello en que, en esencia, y también desde una perspectiva comunicativa, consiste el riesgo prohibido por cada injusto penal.¹¹³

Conforme a esto, la diferenciación entre dolo e imprudencia exige, en primer lugar, la concreción (para la que puede ayudar la llamada teoría de la imputación objetiva) de qué es lo que, en esencia, configura el riesgo relevante de cada injusto penal. No de algo interno, sino de algo objetivo, en el sentido de “general”. Pues aquello que, en esencia, se valora que constituye el actuar injusto, y no menos (aunque tampoco más), es lo que tiene que representarse el sujeto para que responda a título de dolo. A esto, obviamente, habría que sumar un problema posterior que siempre se ha situado en el campo de lo procesal pero que no puede desligarse de la cuestión de la separación entre dolo e imprudencia: ¿cómo imputar a alguien que ha conocido en efecto aquello que constituye el injusto penal? Al ser la imputación de hechos un proceso adscriptivo, en aquellos en que esté claro qué es lo esencial del injusto específico de que se trate, la atribución de responsabilidad dolosa exigirá seguir las reglas racionales de imputación del conocimiento al sujeto.

Probablemente sea cierto que estas reflexiones apuntadas no constituyen ninguna posición revolucionaria sobre el dolo. Quizás tampoco pueda decirse que ayuden mucho más que otros posicionamientos similares¹¹⁴ a la compleja diferenciación entre dolo e imprudencia en el Derecho penal moderno. Quizás pueda aportarse algo más si, en forma de sentencias breves, se extraen de esta forma de entendimiento de la responsabilidad dolosa algunas ideas importantes:

1. Más que de dolo, como elemento del injusto, deberíamos referirnos a “responsabilidad dolosa” y a “conocimiento” o “representación” como elementos

de la imputación. El dolo no es un elemento ni para la imputación ni para la valoración del hecho. Sí lo es el conocimiento, esencial para que se impute el hecho y para que éste se valore como doloso o, mejor, como merecedor de responsabilidad dolosa. También deberíamos abandonar, aunque esto es menos importante, la referencia a tipo objetivo y tipo subjetivo, pues son indisolubles y conforman el injusto.

2. La diferenciación entre responsabilidad dolosa e imprudente dependerá de que el sujeto imputante (el juez) pueda atribuir o no que el agente ha realizado (y se ha representado) aquello que constituye, en esencia, conforme a una valoración de sentido social de lo realizado, el injusto penal de que se trate. Es el realizar con representación el injusto lo que, desde una perspectiva social, comunica de forma más grave la negación de la norma que corresponde al dolo frente a la imprudencia.

3. Será fundamental, por tanto, para atribuir responsabilidad dolosa, la valoración por parte del tribunal de que el sujeto ha realizado el riesgo prohibido que, en esencia, constituye el injusto. Pero no bastará con esto si no se puede imputar que tal riesgo se ha representado el agente. Situar en la posición del autor a un sujeto ideal es, pues, una técnica fútil, pues sólo habrá injusto doloso si podemos imputar el conocimiento al sujeto concreto que actúa con una capacidad mínima de libertad.

4. No debe confundirse lo que el sujeto cree que sabe con lo que, conforme a un proceso de adscripción lógico-racional, puede atribuirse que el sujeto se representa. El significado de lo que el sujeto sabe es atribuido por el sujeto imputante, lo cual no significa que pueda inventarse: tiene que atribuirse racionalmente a partir de la observación y aplicación de las reglas de la lógica y de la experiencia. Así, por ejemplo, en la gran mayoría de casos en los que el sujeto tiene una fe absolutamente irracional en que no se produzca un resultado, es razonable entender que el sujeto se ha representado el resultado y ha superado la exigencia de previsibilidad necesaria para que haya responsabilidad dolosa.

5. Si conforme a un juicio de imputación o de adscripción de conocimientos que aplique reglas de la ex-

¹¹³ Acierta Herzberg cuando señala que el problema del dolo es de tipicidad por la implícita consideración de que tal afirmación supone que el problema del dolo es de valoración del hecho, realizado con representación, como injusto doloso. Herzberg, R.D., “Bedingter vorsatz und objective Zurechnung”, *JuS*, 1987.

¹¹⁴ Herzberg, R.D., “Bedingter vorsatz...”, *op. cit.*; I: *Nomos Kommentar...*, *op. cit.*; Ragués i Vallès, R., *La ignorancia deliberada...*, *op. cit.*

perencia y de la lógica, el juez no puede afirmar que el sujeto se representó aquello que, de forma esencial, configura el injusto, no habrá responsabilidad dolosa. En estos casos, cuando al sujeto le incumba, conforme a una regla, el haber estado en posición de prever y evitar aquello que constituye el actuar injusto, habrá imprudencia.

6. Esto último es así incluso en los casos en los que el sujeto no se ha representado un elemento esencial del injusto debido a una actitud deliberada de ignorancia o de ceguera, sea por el motivo que sea. Al no haber representación, no hay un enfrentamiento a la norma tan fuerte como el que lo prevé y es capaz de evitarlo. Estos casos deberían regularse expresamente por medio de la creación de tipos concretos que atiendan a posiciones específicas de deber en las que al sujeto responsable se le puede exigir que esté fuera de la arbitrariedad que supone tratar de desconocer los efectos de sus acciones en su propio beneficio.

7. Ni los deseos del sujeto, así como tampoco sus creencias, son relevantes a la hora de la responsabi-

lidad dolosa, excepto en aquellos casos en los que el legislador lo haya establecido expresamente por medio de elementos subjetivos en el injusto. Lo que se denomina intención o voluntad, y difiere de la volición del acto, puede constituir, en todo caso, lo que se denominan “indicios” de representación, en cuanto que pueden mostrar el conocimiento que es posible atribuir que el sujeto tenía en el momento de actuar y que es lo que constituye el criterio fundamental para la imputación del hecho que será valorado como doloso.

8. Para que haya responsabilidad dolosa no es necesario que el sujeto se represente aquello que no configura el injusto desde una perspectiva esencial. Aunque esto parezca claro, a veces se obvia y se exige la representación de elementos innecesarios. La primera tarea para atribuir responsabilidad dolosa, por tanto, es definir lo que se ha denominado el injusto objetivo y, después, aplicar las reglas de la lógica y de la experiencia que, a partir de la prueba, permitan racionalmente imputar la representación de tal injusto por parte del agente.



La polémica causalismo-finalismo en el Derecho penal español durante la dictadura franquista*



Francisco Muñoz Conde

Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

A mi amigo y maestro, Winfried Hassemer, en el recuerdo.

RESUMEN: La polémica entre Mezger y Welzel sobre el concepto ontológico de acción y la posición sistemática del dolo centró la atención de muchísimos penalistas del siglo XX. La ciencia se construyó de espaldas a la política criminal, pues mientras los regímenes dictatoriales reprimían a sus pueblos, los profesores se ocupaban exclusivamente de estos problemas abstractos. El pretendido “apoliticismo” de la dogmática no era real, pues muchas de sus construcciones y conceptos se elaboraron en Alemania y en el resto de países para dar forma jurídica a decisiones adoptadas por el régimen político de turno.

PALABRAS CLAVE: Causalismo, finalismo, Hans Welzel, Edmund Mezger.

ABSTRACT: The controversy between Mezger and Welzel about the ontologic concept of action and the systematic position of the mens rea elements was the object of attention of many scholars during the XXth century. The science of criminal law was built ignoring criminal policy. While the people were being repressed by dictatorial regimes, scholars were dealing only with abstract questions. The so-called “apoliticism” was not real. Many of the constructs and concepts, both in Germany and the rest of countries, were elaborated in order to give legal form to decisions taken by the political regime.

KEY WORDS: Theory of causal action, Theory of final action, Hans Welzel, Edmund Mezger.

Rec: 9-9-2014 | Fav: 20-05-2015

* Texto de la conferencia pronunciada en el Congreso sobre el Derecho penal de la posguerra, que tuvo lugar en la Universidad de Huelva del 24 al 26 de abril de 2014.

La polémica causalismo-finalismo en el Derecho penal español durante la dictadura franquista

1. Hace ya algún tiempo me pidió Juan Carlos Ferré que interviniera en estas jornadas sobre algún tema relacionado con la elaboración doctrinal del Derecho penal español durante la dictadura franquista. En esos momentos me encontraba en Italia, concretamente en la Universidad de Módena, impartiendo un curso doctoral sobre “Política y dogmática penal”, que ya había dictado el año anterior en Curitiba, en la Universidad Federal de Paraná. En ambos cursos me ocupaba, entre otros temas, de la vinculación que tuvo en Alemania la dogmática penal con la política durante el régimen nacionalsocialista (1933-1945).

En realidad, mis conocimientos sobre esta materia tienen su origen sobre todo en la investigación que emprendí, a raíz del Premio Humboldt de Investigación en Ciencias Jurídicas que me concedió la Fundación alemana Alexander von Humboldt en 1999, sobre la vinculación que tuvo con el régimen nacionalsocialista uno de los mejores cultivadores de la dogmática jurídico-penal alemana de la primera mitad del siglo XX, el catedrático de Derecho penal de la Universidad de Múnich, Edmund Mezger. Como tuve ocasión de descubrir, a medida que avanzaba en mis investigaciones en la biblioteca de la Universidad de Fráncfort del Meno, en la *Nationalbibliothek* de esa ciudad, y en el *Bundesarchiv* de Berlín, Edmund Mezger fue uno de los principales valedores y legitimadores del Derecho penal nacionalsocialista. Y no sólo en los trabajos teóricos de carácter dogmático que publicó en aquella época, en los que desarrolló conceptos como la “culpa por la conducción de vida” o la “ceguera jurídica”, para justificar el castigo con la pena del delito doloso (a veces la de muerte) a los que cometieran “delitos odiosos” (*crimina odiosa*), como, según él, el aborto, el “ultraje a la raza” y la realización de actos homosexuales; sino también como coautor, junto con su colega muniqués Franx Exner, en 1943-1944, de un proyecto para el tratamiento de los que él llamaba “extraños a la comunidad” (*Gemeinschaftsfremde*). En dicho proyecto proponía, entre otras cosas, el exterminio (*Ausmerzung*) mediante su internamiento en campos de concentración de asociales, vagos, delincuentes, y la esterilización o castración de homosexuales.

Para mí fue realmente una sorpresa descubrir que este gran dogmático del Derecho penal, en cuyo *Tratado de Derecho penal* (1931-1933) excelentemente traducido al español por José Arturo Rodríguez Muñoz en 1935, había aprendido, como casi todos los pe-

nalistas de mi generación y de la generación anterior, los fundamentos de la actual teoría del delito, había llegado a colaborar con el régimen nacionalsocialista y a legitimar las peores aberraciones y violaciones de derechos humanos que ese régimen cometió utilizando precisamente para hacerlo el arsenal teórico que le brindaba la dogmática. Pero mi sorpresa fue aun mayor cuando, ya desde las primeras ediciones de mi obra *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo* (Valencia, 2000; 4ª ed., Valencia 2004), en el que edición tras edición fui revelando las vinculaciones que tuvo Mezger con el nacionalsocialismo, empecé a recibir, en España, no en Alemania, ataques brutales e injuriosos de quienes se manifestaban directos discípulos de sus enseñanzas dogmáticas (¿también de su ideología nazi?) y consideraban que poco menos había manchado con mi libro la reputación y la dignidad de este penalista. Tampoco dejó de sorprenderme, incluso hoy en día todavía me asombra, el silencio que durante más de 50 años se postró sobre el pasado nacionalsocialista de quien tras la Segunda Guerra Mundial se destacó sobre todo por su controversia con otro penalista alemán, Hans Welzel, sobre el concepto ontológico de acción y la posición sistemática del dolo en la estructura de la teoría del delito; lo que, en su caso, parecía más bien una astuta maniobra de distracción para ocultar su vergonzoso colaboracionismo con el régimen nacionalsocialista. Mi sorpresa (e indignación) fue en aumento cuando fui descubriendo, con documentos que así lo demuestran claramente, que incluso en 1944, tras la aprobación de su Proyecto de tratamiento de los “extraños a la comunidad”, llegó a visitar, con expresa autorización de Sección IV de las SS, los campos de concentración, para observar, según se decía expresamente en el documento de autorización, *in situ* el “tratamiento” al que eran sometidos en dichos campos las personas allí internadas. Al término de la Segunda Guerra Mundial era decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Múnich. Tras ser destituido del cargo, fue sometido a un proceso de desnazificación, en el que en principio fue acusado de ser uno de los principales responsables del aparato de poder nazi, aunque luego fue sólo calificado como *Mitläufer* (“compañero de correrías”) y sancionado con una multa. También durante algún tiempo estuvo detenido como acusado en los Procesos de Núremberg. Sin embargo, tras toda esta odisea regresó sin mayores problemas a su cátedra en la Universidad de Múnich; escribió un

resumen (*Studienbuch*) de su Tratado, que se convirtió en la obra estándar en la que se formaron multitud de jóvenes juristas alemanes hasta bien entrados los años setenta; recibió un libro homenaje en 1953 con motivo de su jubilación y fue vicepresidente de la Comisión para la Reforma del Derecho Penal.

Pero sobre todo en los años cincuenta se hizo famoso por su polémica con Hans Welzel sobre el concepto ontológico de acción y sus consecuencias para el sistema de la teoría del delito. También recibió varios doctorados *honoris causa*, en Tubinga y Coimbra, e incluso en plena dictadura franquista llegó a España, impartiendo dos conferencias, una en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid y otra en el Instituto de Estudios Jurídicos de Madrid.

Murió en 1962, sin que se sepa que se hubiese arrepentido o al menos en algún momento admitido o confesado su vergonzoso pasado nazi, y sin que nadie, al menos en el ámbito de los penalistas hispanohablantes, ni entonces ni hasta que publiqué mi libro sobre él, conociera su pasado nazi, o, si lo conocía, hablara de él.¹

2. La polémica sobre el concepto de acción como fundamento de una teoría del delito y las consecuencias sistemáticas que del mismo se derivaban dominó la ciencia alemana del Derecho penal en los años cincuenta y sesenta y hasta bien entrados los setenta del siglo XX, y todavía hoy sigue siendo uno de los temas que se discuten a la hora de exponer en los tratados y manuales el concepto de acción del que se parte como fundamento de la teoría del delito. Esto se puede ver claramente en los tratados de Derecho penal que se publican en Alemania y en los países de

habla hispana, donde todavía se dedica gran espacio a la polémica sobre el concepto causal y final de acción, con frecuentes citas y referencias a los principales protagonistas de ese debate: Edmund Mezger y Hans Welzel. Durante mucho tiempo, esta deliberación se convirtió en una especie de guerra civil entre los penalistas, quienes veían en ella una válvula de escape para no tener que enfrentarse con otros problemas que planteaba la realidad del Derecho penal de sus países. Ello sucedió sobre todo en España durante la dictadura franquista, en la que durante un tiempo esta polémica dogmática fue el banco de prueba por el que tenía que pasar todo joven penalista que aspirase a alcanzar el más alto grado de la carrera académica: la plaza de catedrático de Derecho penal. ¡Ay de quien por aquel entonces no dominase (o al menos fingiera que dominaba) los más complicados vericuetos y entresijos del idioma alemán y de las construcciones más complejas de la dogmática jurídico-penal alemana en relación con el concepto de acción y sus consecuencias en la teoría del delito! Y ¡ay también de quien, confesadamente causalista, tuviera la mala suerte de tropezarse en un concurso u oposiciones a una cátedra con un finalista, o a la inversa (por supuesto, en estas aparentes enemistades dogmáticas había también mucho de enemistades personales e ideológicas, que eran las que verdaderamente decidían el concurso académico)!

La discusión sobre la posición sistemática del dolo en el sistema de la teoría del delito se convirtió así en los países de nuestro entorno lingüístico, pero también en Portugal y Brasil, menos en Italia,² en la polémica penal por excelencia. Es evidente que esto permitía también evitar el compromiso político en contra de

¹ Para más detalles sobre todo esto, me remito a mi libro *Edmundo Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 4ª ed., Valencia, 2004, y a los capítulos en los que se recoge el texto del Proyecto para el tratamiento de los “extraños a la comunidad”, con los dictámenes que escribió Mezger para este mismo, las pruebas documentales de su visita al campo de concentración de Dachau en 1944, y su posterior proceso de *desnazificación* y regreso a su cátedra de Derecho penal.

² Respecto de Italia, es muy interesante e ilustrativa la monografía de Franco Bricola, *Teoria Generale del Reato*, publicada originariamente en el *Novissimo Digesto Italiano*, volumen XIX, recientemente traducida por Diana Restrepo Rodríguez, con una interesante Introducción de Massimo Donini: *Teoría general del delito*, Montevideo/Buenos Aires, 2012. En esta monografía Bricola explica (pp. 81 y ss.) que el apego que tuvo la doctrina italiana durante el régimen fascista a un tecnicismo jurídico formalista, patrocinado por Arturo Rocco, se debió sobre todo a que al tener ya desde 1930 un Código Penal conforme a los postulados ideológicos del régimen fascista, no era necesario desarrollar nuevas teorías, sino simplemente extraerlas del propio Código; mientras que los alemanes, al no tener todavía un Código Penal adaptado al régimen nacionalsocialista, tuvieron que elaborar teorías que no estaban recogidas en el Código Penal vigente desde 1870 (en realidad, el Proyecto de Código Penal elaborado durante la etapa nacionalsocialista, en cuya redacción participó Mezger, no llegó nunca a aprobarse. Sin embargo, sí se aprobaron y entraron en vigor leyes de carácter penal que reflejaban claramente la ideología racista nazi, como la Ley del Delincuente Habitual, el delito de ultraje a la raza en las Leyes de Núremberg, y algunas leyes de excepción aprobadas durante la Guerra). En otro lugar me he ocupado de las relaciones entre el Derecho penal nacionalsocialista y el Derecho penal fascista, reflejadas en el libro que los máximos representantes de ambas formas de entender el Derecho penal, Mezger y Grispigni, escribieron conjuntamente (*Il diritto penale nazionalsocialista*, Milán, 1943). Sobre la vinculación de Grispigni con el Derecho penal nacionalista, véase también mi artículo en *Revista Penal*, núm. 33, 2014.

La polémica causalismo-finalismo en el Derecho penal español durante la dictadura franquista

los regímenes dictatoriales (en España la dictadura de Franco), y las posibilidades de criticar un Derecho penal vigente que por esa época en España no tenía nada de santo o justo o ni siquiera de mínimamente humano. Ello contribuyó a configurar también en el joven penalista aspirante a la carrera académica una mentalidad que le permitía asumir, por así decir, todo lo que le echaran, sin criticar, protestar o decir nada contra una legislación excepcional que permitía la imposición de penas de muerte por tribunales militares o de excepción, y que violaba claramente derechos humanos fundamentales, convirtiendo en delito el ejercicio de derechos como el de asociación, manifestación o libertad de expresión. En aquella época lo único que podía hacer el penalista, como penalista cultivador único y exclusivo de la dogmática, era analizar si el dolo era un elemento de la tipicidad o de la culpabilidad, o si el concepto de acción base de la teoría del delito debía ser entendido como un concepto causal o como un concepto final. Para quienes creían, bien por oportunismo, bien por convicción científica, que la ciencia del Derecho penal se debía limitar a la elaboración dogmática del mismo, la dogmática jurídico-penal se convertía así en un bastión contra las intromisiones político-criminales. Las decisiones político-criminales se adoptaban en otros ámbitos en los que la dogmática carecía prácticamente de influencia y de los que no tenía por qué ocuparse.

Desde luego, una dogmática basada sólo en pretendidos datos ontológicos podrá ser todo lo neutra ideológicamente que se quiera, pero el objeto de referencia de la misma, el Derecho penal, no lo es en absoluto, sino que, como el propio Welzel reconocía,³ es el sector más ideologizado de todas las ramas del Derecho. Y de ahí siempre surgirá una contradicción difícilmente superable que, en todo caso, impide, a mi juicio, darle a la dogmática jurídico-penal ese valor absoluto o casi exclusivo que tanto Mezger (a partir de 1950)⁴ como Welzel (parece que, en todo caso, no en sus primeros escritos)⁵ pretendían darle, basándola en pretendidas estructuras lógico-objetivas de la acción, sean éstas entendidas de un modo causal (así Mezger) o final (así Welzel). Pero es que, además, con ello surge el peligro de que con unas bases tan evanescentes

y abstractas como las que se derivan de los planteamientos ontologicistas de las teorías causal y final de la acción se puedan hacer todo tipo de valoraciones o asumirse cualquier decisión político-criminal. Algo que a estos autores no parecía ya preocuparles mucho, una vez que, al menos en la República Federal Alemana, se había asentado tras la Segunda Guerra Mundial un régimen ciertamente democrático, pero eminentemente conservador dirigido por el canciller Konrad Adenauer, caracterizado por un anticomunismo feroz y belicista, apoyado por los Estados Unidos de América, con el que muchos prestigiosos juristas alemanes, que habían colaborado abiertamente con el régimen nazi, parece que se sentían satisfechos y en todo caso seguros de que no iban a ser molestados por su pasado colaboracionismo, pues lo importante no era ya que hubieran sido nazis o colaborado estrechamente con el régimen nacionalsocialista, sino que fueran ferozmente anticomunistas (y un verdadero bastión frente a la otra Alemania, la República Democrática Alemana, la Unión Soviética y las tropas del Pacto de Varsovia). Y de eso, en el caso de Mezger, y de tantos otros, no había la menor duda.

3. Por lo demás, la construcción sistemática de la teoría del delito elaborada por la dogmática penal alemana estaba ya estaba perfectamente esbozada antes incluso de la publicación de la primera edición alemana del *Tratado de Mezger* en 1931. Ya su maestro y antecesor en la cátedra de Múnich, Ernst Beling, había desarrollado en su *Die Lehre vom Verbrechen* (1907) una exposición en la que, partiendo del concepto de acción (y omisión), se comprobaba si ésta se adecuaba al supuesto de hecho (*Tatbestand*) descrito en una ley penal como delito, es decir, si era típica. Luego se comprobaba si además de típica era antijurídica (*rechtswidrig*), es decir, si estaba amparada o no por una causa de justificación; y finalmente se comprobaba si el autor de la acción típica y antijurídica era culpable (*schuldig*), es decir, si además de ser una persona mentalmente sana o mayor de una determinada edad, había actuado respecto de su acción y al resultado que se derivara de la misma de forma dolosa, con conciencia y voluntad de hacerlo, o impruden-

³ Véase, por ejemplo, su artículo "Zur Dogmatik im Strafrecht", *Festschrift für Reinhard Maurach*, 1973, p. 1.

⁴ En su monografía *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950 (traducción al español de Muñoz Conde, Valencia 2000).

⁵ Sobre las vinculaciones de Welzel con el nacionalsocialismo, véase Monika Frommel, "Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción", trad. de Muñoz Conde, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1989.

te, infringiendo el deber de cuidado. La tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad (y en algunos casos el cumplimiento de determinadas condiciones objetivas de punibilidad o procedibilidad) se convertían, así, en el planteamiento de Beling, en las tres categorías fundamentales cuya presencia había que probar para exigir una responsabilidad penal.

En esta construcción belingniana, enriquecida con las aportaciones posteriores de Frank –con su concepto normativo de culpabilidad– y de Max Ernst Mayer, se apoyó Mezger para elaborar su *Tratado de Derecho penal*, que apareció en 1931: dos años antes del ascenso al poder del nacionalsocialismo, que coincidió con la aparición de la segunda edición del *Tratado* y con el traslado de Mezger a la Universidad de Múnich, como sucesor de su maestro Beling. A partir de entonces Mezger no volvió a ocuparse de su *Tratado*, sino que inmediatamente publicó en octubre de 1933 una especie de *Tratado de Criminología*, en el que ya desde el Prólogo, firmado el 15 de octubre de 1933 –el mismo día que cumplía 50 años y era nombrado miembro de la Comisión para la Reforma del Derecho Penal–, planteaba la necesidad de adaptar esta rama del Derecho al nuevo Estado, basándolo en las ideas de “pueblo” y “raza”.⁶ Prácticamente, a partir de ese momento y hasta 1945 se esforzó sobre todo en elaborar un Derecho penal acorde con esas ideas, y no volvió a ocuparse de la dogmática en la que había basado su *Tratado* de 1931-1933.

Fue a partir de su monografía *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*,⁷ publicada en 1950, inmediatamente después de su reincorporación a su cátedra de Múnich, que al mismo tiempo debía servir como complemento o apéndice a una tercera edición de su *Tratado*, idéntica a la segunda de 1933, que Mezger retomó el camino de la dogmática tradicional, a la que él tanto había aportado con sus trabajos anteriores a 1933. De forma bastante cínica decía ya en la primera página de esta monografía que “en los últimos años la dogmática penal había quedado ensombrecida por su más mundana hermana, la política criminal” (paradójicamente, ése era el título de su *Tratado de Criminología* de la época nazi), pero que ya había llegado el momento de ocuparse cuestiones más profundas. Y una de estas últimas era, en su opinión, el concepto de

acción, que recientemente había sido puesto en circulación por su más joven colega Hans Welzel con su teoría final de la acción.⁸

Pero ¿cuáles eran las diferencias entre ambas teorías y por qué tanta pasión en defender una u otra?

En el sistema causalista de Mezger, la acción se entendía como una conducta humana voluntaria que causaba un resultado tipificado en la ley penal como delito: por ejemplo, la muerte de un ser humano como consecuencia de un disparo. Luego se examinaba si concurría alguna causa que justificara ese hecho y excluyera su antijuricidad, por ejemplo, porque hubiera legítima defensa. Y finalmente se procedía a analizar si el que había causado la muerte con el disparo estaba en pleno uso de sus facultades mentales, había actuado dolosa o imprudentemente, es decir, si era culpable del hecho típico y antijurídico que había cometido y en una situación en la que le era exigible que se comportara conforme a derecho.

La teoría final de Hans Welzel no discute esa tripartición de los elementos del delito, sino el contenido de los mismos. Para ello parte de un concepto ontológico final de acción, en el que ésta no sólo es un movimiento corporal voluntario, sino ese comportamiento va dirigido a un fin, y, por tanto, debe incluirse también en el concepto de acción esa finalidad.

Efectivamente, tiene razón Welzel en lo que se refiere a la necesidad de tener en cuenta la finalidad del autor de la acción en la interpretación del significado de la misma. Si ahora mismo oímos un disparo en la habitación de al lado o fuera de este edificio, en pleno *campus*, no podemos darle ningún significado y, por tanto, ninguna relevancia penal si no conocemos cuál es la finalidad del autor del disparo, si era una competición deportiva, una cacería o un intento de homicidio. Otra cosa es que esa relevancia de la finalidad se derive necesariamente de un concepto ontológico de acción, como Welzel pretendía, o se pueda fundamentar de cualquier otra manera, incluso desde el punto de vista de las necesidades prácticas de la administración de justicia. Pero ésa es una cuestión de la que ahora no podemos ocuparnos.

En todo caso, según Welzel, si se parte de que el concepto ontológico de acción es un concepto de acción final, habrá que admitir que el legislador –a la

⁶ Mezger, *Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlagen*, 1934.

⁷ *Op. cit.*, en nota 5.

⁸ *Lug. cit.*

La polémica causalismo-finalismo en el Derecho penal español durante la dictadura franquista

hora de tipificar las acciones criminales— está vinculado a esa estructura final y que, por tanto (y ahí es donde empieza la discusión con Mezger), el dolo, que a grandes rasgos coincide con la finalidad de la acción, debe ser tenido ya en cuenta a la hora de tipificar la acción como una penalmente relevante. Por tanto, en la construcción de Welzel, el dolo, por imperativo del concepto final ontológico de acción, al que el legislador está vinculado, pasa de ser un elemento de la culpabilidad, como mantenía Mezger, a un elemento de la tipicidad, constituyendo así una buena parte de lo que se llama el tipo subjetivo. Y desde luego, lo mismo habrá que decir de otros muchos hechos cuya relevancia penal sólo puede entenderse teniendo en consideración la finalidad del sujeto que los realiza: tocar los genitales de otra persona lo mismo puede ser objetivamente considerado un delito de abuso sexual, que una exploración médica urológica o ginecológica. Utilizar un coche ajeno sin la voluntad de su dueño, lo mismo puede ser objetivamente un hurto propio que una utilización indebida temporal del vehículo. Una palabra o expresión peyorativa sobre las cualidades de otra persona lo mismo puede ser una injuria que el ejercicio legítimo de la libertad de expresión o información. En todos estos casos, la mera constatación de que existe una conducta voluntaria, sin referencia a la finalidad del autor de esa conducta, carece de trascendencia o significado penal.

Ya el propio Mezger, en un trabajo de 1924,⁹ que sirvió de base a su *Tratado* de 1931, frente a la concepción estrictamente objetiva de la tipicidad de su maestro Beling, había admitido que en muchos delitos la tipicidad sólo podía determinarse mediante la constatación de determinados elementos subjetivos trascendentes al dolo, como el “ánimo lascivo” en los delitos sexuales, o el “ánimo de apropiación” en el hurto; pero sólo en esos casos, considerando que el dolo en general seguía siendo un elemento de la culpabilidad en todos los delitos. Y lo mismo siguió manteniendo en su *Tratado*. En su antes citada monografía de 1950, *Moderne Wege*, Mezger llegó a admitir que el dolo es un elemento de la tipicidad de la tentativa del delito, pero que luego se convierte en elemento de la culpabilidad una vez que el delito se ha consumado.¹⁰

Sin embargo, ya para entonces parece que, por lo menos desde el punto de vista sistemático, el sistema causalista de la teoría del delito había perdido la batalla frente al finalista, y mayoritariamente los penalistas alemanes y los del ámbito de influencia de la dogmática alemana empezaron a admitir que por lo menos en la tipicidad de los delitos dolosos hay que distinguir entre un tipo objetivo y un tipo subjetivo; sistema que ya acogí en mi tesis doctoral *El delito de alzamiento de bienes* (Barcelona, 1971; 2ª ed., Barcelona, 1996) y sobre el que luego construí la exposición sistemática de mi *Derecho penal, Parte especial*, desde su primera edición en 1975 hasta la 19ª de 2013. Un sistema que por lo demás en poco se distingue de la adoptada por los penalistas de los países del *common law*, que distinguen entre *actus reus* y *mens rea*, para comprobar luego si concurre o no alguna eximente de la responsabilidad criminal, que en el ámbito anglosajón se llaman “*excuses*”; sobre todo, a partir de la aportación fundamental de George Fletcher,¹¹ quien, siguiendo el modelo dogmático alemán, separa las “*excuses*” entre “*Justification and excuse*”, es decir, entre “Justificación y exculpación” (*Rechtfertigung und Entschuldigung*, en alemán), que es la base del sistema alemán de la teoría del delito.

Prácticamente a esto ha quedado reducida la polémica entre causalismo y finalismo, si bien hay que reconocer que la misma produjo un refinamiento de la sistemática de la teoría del delito, contribuyendo a posteriores matizaciones y distinciones, sobre todo en el ámbito del tratamiento del error (distinguiendo entre “error de tipo” y “error de prohibición”, distinción bastante sutil y difícil de aplicar en algunos supuestos de error sobre los presupuestos de las causas de justificación y de error sobre elementos normativos de la tipicidad en algunos delitos económicos y medioambientales) y en la configuración del concepto de autor, por lo menos en los delitos de dominio, con la teoría del dominio (final) del acto. Y en el fondo, no deja de ser sintomático, y bastante cínico por lo demás, que en uno de sus últimos trabajos sobre esta polémica dijera Mezger que, en definitiva no eran más que “*Übungen am Phantom*”, es decir, “fantasmagorías”.¹²

⁹ *Die subjektiven Unrechtselemente*, en *Gerichtssaal*, 1924.

¹⁰ Mezger, “*Moderne Wege*”, *op. cit.*

¹¹ Fletcher, George, “*Rethinking Criminal Law*”, 1979.

¹² Mezger, *Festschrift für Rittler*, 1957.

4. Parece, desde luego, visto desde el momento actual, algo surrealista que en las etapas más duras de la dictadura franquista, en el que el Derecho penal podía bien calificarse como un “derecho de sangre y de lágrimas”, en el que todas las injusticias sociales y políticas tenían su asiento, los profesores de Derecho penal, y precisamente los más cualificados o de más alto nivel académico, se ocuparan sobre todo del concepto ontológico de acción y de la posición del dolo en el sistema de la teoría general del delito. Sin embargo, hay que reconocer que en el panorama cuate y desolador del mundo universitario del Derecho penal durante la dictadura franquista, a la que, como ha quedado patente en este Congreso, sobre todo en los años cuarenta y cincuenta del pasado siglo no le faltaron apoyos legitimadores por parte del algún catedrático de la época, la polémica sobre la teoría causal y la final de la acción permitió que, como vamos a ver en seguida, los profesores de mayor nivel intelectual y formación jurídica escribieran también importantes aportaciones sobre la misma que sirvieron de base al posterior desarrollo de la dogmática penal en España.

Entre estos profesores destaca sobre todo el catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valencia, José Arturo Rodríguez Muñoz, quien en 1952, en su lección inaugural del curso 1952-1953, expuso con gran profundidad no sólo las principales características de la nueva teoría final de la acción, sino también las objeciones que, a su juicio, podían oponerse a la misma en la versión patrocinada en Alemania por Hans Welzel.¹³ No sobra destacar que este profesor había sido en 1935 el traductor del *Tratado de Derecho penal* de Edmund Mezger, al que había añadido unas valiosas notas que fueron, sin duda, el comienzo de la elaboración dogmática del Derecho penal español. También conviene destacar que en 1941 tradujo la *Kriminalpolitik* del propio Mezger, en la que este autor exponía una criminología trufada de la ideología nazi, a la que, sin embargo, sintomáticamente Rodríguez Muñoz no añadió ninguna nota, ni comentario. Un *no comment* que habla por sí mismo del alejamiento que sentía Rodríguez Muñoz por esta criminología filonazi de un autor al que, sin duda, había admirado y seguido en los planteamientos dogmáticos expuestos en el *Tratado*.

Pero ¿cuáles fueron las observaciones más importantes que hizo Rodríguez Muñoz a la teoría final de la acción? Para este autor dicha teoría no cuadra con la naturaleza del delito culposos o imprudente, en el que el fin pretendido por el autor es generalmente irrelevante desde el punto de vista del Derecho penal. Al Derecho penal lo que realmente le interesa es la forma en que el sujeto quería conseguir el fin, y esto es ya el resultado de una valoración que nada tiene que ver con el dato ontológico de la finalidad. Para decirlo con un ejemplo: si un alumno conduce su coche a más velocidad de la permitida para llegar a tiempo a un examen, el fin en sí mismo es irrelevante o incluso loable, pero si en la conducción a más velocidad de la permitida provoca un accidente en el que resulta herido o muerto un peatón, esta conducción imprudente es lo que realmente resulta relevante desde el punto de vista de una posible responsabilidad penal.

En definitiva, señalaba Rodríguez Muñoz, en el delito culposos la finalidad es irrelevante, lo importante es la forma en que se quiere conseguir el fin; por tanto, en la acción final hay que introducir un elemento valorativo, normativo, identificado como la “infracción del deber de cuidado” objetivamente establecido por normas de cuidado basadas en la experiencia o en una regulación jurídica de carácter extrapenal.

Lo mismo ocurre con la omisión, en la que una consideración puramente ontológica (un “no hacer”) no dice nada sobre su relevancia penal. Omisión es un no hacer, pero inmediatamente hay que preguntar qué es lo que se omite y, sobre todo, si el que omite está obligado a hacer algo; por tanto, de nuevo un elemento normativo que hay que añadir al puramente ontológico. Ahora mismo estoy omitiendo hacer infinidad de cosas: estar en mi casa, o en la playa; pero lo que importa es si omito lo que en este momento estoy obligado o me he comprometido a hacer: dar esta conferencia. Si no hubiera venido, ustedes podrían decir, con razón (y quizás con alivio), que he omitido dar esta conferencia. Obviamente también hay un componente ontológico en la omisión, y éste no es otro que la posibilidad de poder actuar. La omisión, antes que la omisión de una *acción esperada*, es la omisión de una *acción posible*. En este momento, no estoy omitiendo salvar a alguien que se esté ahogando en el mar Caribe, simplemente porque eso no está dentro de mis

¹³ Véase Rodríguez Muñoz, *La teoría de la acción finalista*, 2ª ed., Valencia, 1978.

La polémica causalismo-finalismo en el Derecho penal español durante la dictadura franquista

posibilidades. Pero este dato ontológico de la omisión apenas tiene relevancia penal y casi podemos darlo por supuesto.

A pesar de estas objeciones de fondo que Rodríguez Muñoz realizó, ya al final de su vida, en un momento en el que ni siquiera pudo leer su “lección inaugural”, tarea que, aquejado de una grave enfermedad, tuvo que delegar en otro colega, la doctrina final de la acción fue calando paulatinamente entre los jóvenes penalistas españoles con mayores pretensiones científicas y académicas. En este sentido destacan los primeros trabajos del profesor José Cerezo Mir,¹⁴ que estudió directamente con Welzel en Bonn a finales de los años cincuenta y llegó a traducir su monografía *El nuevo sistema del Derecho penal*,¹⁵ una breve pero brillante y clara exposición del sistema finalista de la teoría del delito. Y también las monografías del profesor Juan Córdoba Roda,¹⁶ quien tradujo el *Tratado de Derecho penal* de Reinhard Maurach, al que, siguiendo el modelo de Rodríguez Muñoz, añadió valiosas notas muy útiles para interpretar y resolver conforme a los planteamientos de Maurach los problemas dogmáticos que planteaba el Código Penal español.¹⁷

A ellos siguieron (y ya en este caso puedo decir también “seguimos”) otros penalistas españoles (y por supuesto, también de los países americanos hispanohablantes), cuya influencia y prestigio determinaron que en los años posteriores las aportaciones de la dogmática penal alemana, enriquecida sobre todo con los planteamientos del más importante penalista alemán del siglo XX, mi maestro Claus Roxin,¹⁸ se convirtiera en la piedra de toque y en la base de la formación de la mayoría de los penalistas de habla española. Pero eso ya no es historia, sino actualidad. La recuperación de la democracia en España a partir de la muerte del dictador Francisco Franco, en 1975, tras la aprobación de la Constitución, dio lugar a su-

cesivos proyectos y reformas del Código Penal que cuajaron en el Código Penal de 1995-1996, que se beneficiaron en parte del alto nivel alcanzado por la dogmática penal española en aquellos años, pero también de la preocupación y el compromiso con otros valores y problemas característicos de un Estado de Derecho, que ya desde los inicios de la etapa democrática mostraron la mayoría de los profesores españoles de Derecho penal. No puedo comprobar en este momento si ese alto nivel alcanzado por la dogmática penal española, que algunos, exageradamente en mi opinión, califican como superior en algunos aspectos al de la propia dogmática penal alemana,¹⁹ ha dado lugar a un Derecho penal más justo, eficaz y humanitario.

Lo que sí queda claro es que la dogmática penal alemana, calificada recientemente por Silva Sánchez como “la gramática más profunda y elaborada de la imputación penal”,²⁰ por sí sola no es más que un instrumento para la interpretación y sistematización del Derecho penal, pero no el único ni el más importante; y en todo caso, como ya dijo con claridad Fletcher, en un Congreso de Derecho penal celebrado en Berlín en octubre de 1999, “los alemanes sólo tienen que echar un vistazo al otro lado del Rin para percibir que algunas culturas europeas de alto nivel atribuyen valores más elevados a su cocina que a su ciencia jurídica penal. Y quizás con razón y buen gusto”.²¹ Y desde luego, no deja de ser digno de reflexión el que, como también dijo Fletcher en esa ocasión, esa dogmática haya tenido particular éxito en países en cuya tradición histórica abundan los regímenes políticos autoritarios muy influidos por el pensamiento más reaccionario y conservador de la Iglesia católica, como España, Portugal y la práctica totalidad de los países latinoamericanos. Desde luego, la dogmática penal alemana puede ser, como dice Silva Sánchez, “la gramática más profunda y elaborada de la imputación

¹⁴ Recogidos en Cerezo Mir, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, 1982.

¹⁵ Hans Welzel, *El nuevo sistema del derecho penal*, trad. y notas de José Cerezo Mir, Barcelona, 1964.

¹⁶ Véase, por ejemplo, Córdoba Roda, *Una nueva concepción del delito, la doctrina finalista*, Barcelona, 1963.

¹⁷ Véase Reinhard Maurach, *Tratado de Derecho penal*, dos tomos, traducidos y anotados por Juan Córdoba Roda, Barcelona, 1962.

¹⁸ Fundamental en la orientación hacia una nueva visión de la dogmática penal fue su monografía *Sistema del Derecho penal y política criminal*, trad. e introd. de Francisco Muñoz Conde, Barcelona, 1972.

¹⁹ Así, por ejemplo, lo dice Ricardo Robles Planas en su Presentación al libro colectivo *La responsabilidad en los delitos especiales, el debate doctrinal en la actualidad*, Montevideo/Buenos Aires, 2014.

²⁰ En la presentación de un número de la revista *Goltdammer's Archiv*, 11, 2013, en el que se contienen diversas contribuciones de penalistas españoles.

²¹ Véase Fletcher, en Eser, Hassemer y Burkhardt, *El Derecho penal en el cambio de milenio*, versión española realizada por diversos autores, de las ponencias presentadas al Congreso de Berlín celebrado en octubre de 1999 bajo dicho título, coordinada por Francisco Muñoz Conde. La traducción del artículo de Fletcher es de Pastora García Álvarez.

penal” (que, por cierto, no es el único problema del que tiene que ocuparse el Derecho penal), pero, desde luego, dista mucho de ser la única de las posibles, como lo demuestra el que muchos penalistas, sobre todo los de los países regidos por la tradición del *common law* (Inglaterra, USA, Canadá, Australia, etc.), la ignoren por completo y sigan siendo tan felices.²²

Pero si volvemos a lo que muchos consideran una de las grandes virtudes de la dogmática penal: su pretendido “apoliticismo”, una cualidad que según sus principales propugnadores es lo que le permite ser utilizada en cualquier país, por encima de su régimen político, y con independencia de si éste es un régimen dictatorial o democrático, inmediatamente vemos que en la propia evolución de la dogmática penal, sobre todo en Alemania, muchas de sus construcciones y conceptos se elaboraron para legitimar y ofrecer una base jurídica a las decisiones que en materia penal adoptaba el régimen político en turno. Y no me refiero exclusivamente a la etapa nacionalsocialista, en la que la llamada Escuela de Kiel o el propio Mezger propusieron doctrinas y teorías afines al régimen nacionalsocialista, sino incluso a otras construcciones dogmáticas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, en las que teorías como la subjetiva de la participación se utilizaron para calificar como meros cómplices, y, por tanto castigarlos con penas leves, a sujetos que habían participado directamente en el Holocausto o en la ejecución de miles de personas con los medios más crueles; y también para que luego, por medio de una reforma legal de las reglas de la participación en los delitos especiales (entonces parágrafo 50.2, ahora

el 28.2 del Código Penal alemán) se pudieran declarar prescritos esos crímenes entendiendo que no eran asesinatos (los cuales tardaban más en prescribir o incluso después se declararon imprescriptibles), porque faltaba en aquellos sujetos el elemento subjetivo del “móvil bajo” (racista) que sólo tenían Hitler, Himmler y Heydrich, calificando sus hechos todo lo más como homicidios simples (que prescribían a los 15 años; por tanto, en 1960).²³ Realmente no deja de ser todo esto una versión aberrante de la dogmática en una época en la que la discusión dogmática principal en Alemania seguía siendo el concepto ontológico de acción.

5. Para terminar, permítanseme unas breves palabras sobre otro de los grandes mitos de la dogmática penal alemana a la que posposamente se denomina en Alemania como *Strafrechtswissenschaft* (ciencia del Derecho penal). ¿Es la dogmática penal realmente una ciencia, o la única posible ciencia del Derecho penal?, o ¿es simplemente un método para analizar sistemáticamente el Derecho penal, para hacer clasificaciones y subclasificaciones, y reducir su complejidad de una manera que la haga fácilmente inteligible y utilizable en la praxis de los tribunales de justicia?

Hace ya un siglo el gran renovador del pensamiento y el arte musical, Arnold Schönberg, criticó las pretensiones científicas de la teoría de la armonía tradicional, a la que consideraba una mera técnica artesanal, que debía ser conocida y dominada por el músico lo mismo que el ebanista o cualquier otro artesano tenía que dominar las reglas de su oficio.²⁴ También otro gran músico contemporáneo de Schönberg, Paul

²² Desde luego, tampoco los penalistas alemanes, con algunas excepciones, han mostrado el menor interés en las construcciones jurídicas que se hacen en otros países, incluyendo a los que siguen fielmente sus postulados, lo cual refleja un cierto provincianismo jurídico, difícilmente compatible con su pretensión de “universalidad”, salvo que se entienda por tal un “imperialismo dogmático alemán”, que puede ser incluso ofensivo para los penalistas de otros países. Con gracia describe Fletcher esta actitud cuando dice que la sección dedicada al Derecho penal extranjero (*Auslandsteil*) en la revista más prestigiosa de la dogmática penal alemana, la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, le parece como el “Oscar a la mejor película extranjera” que otorgan en Hollywood (y lo mismo dice respecto de las exageraciones imperialistas americanas en el ámbito deportivo cuando hablan de la World Cup en las competiciones donde sólo intervienen los equipos norteamericanos). (véase Fletcher, *op. cit.*)

²³ De las razones por las que se mantuvo la teoría subjetiva de la participación que determinó la calificación como cómplices de verdaderos autores materiales de los crímenes cometidos por los nazis, y de la crítica que hizo a esta teoría Roxin en su monografía *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburgo, 1962, y en un artículo sobre el tema publicado en *Goltdammer's Archiv*, 1963, me he ocupado expresamente en mi artículo “La autoría mediata por control de aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado”, *Revista Penal*, núm. 32, 2013, y la versión alemana “Die mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtaapparate als Instrument der juristischen Aufarbeitung der Vergangenheit”, *Festschrift für Wolter*, 2013. De la reforma del parágrafo 50 del Código Penal alemán, en el que en 1968 se introdujo un párrafo para rebajar la pena a los partícipes en los que no concurrían los elementos subjetivos que concurren en el autor, y su utilización para evitar la calificación de asesinato a los que habían contribuido a los asesinatos cometidos en los campos de concentración nazis y poder aplicarles en consecuencia la prescripción que ya era aplicable al simple homicidio, me he ocupado brevemente en mi artículo para el *Festschrift für Schünemann*, “Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in der modernen Strafrechtsgeschichte und dem strafrechtlichen Zeitgeschehen”, 2014.

²⁴ Véase Schönberg, *Armonía*, trad. de Ramón Barce, 1962, p. 1.

La polémica causalismo-finalismo en el Derecho penal español durante la dictadura franquista

Hindemith decía en 1940 que ya era hora de que la armonía tradicional bajara de su pedestal en la que la habían colocado el respeto y la veneración de las generaciones anteriores.²⁵ (No sobra aclarar que ambos, grandes y geniales músicos, murieron en el exilio, huyendo del régimen nacionalsocialista.)

Entre nosotros, el penalista y filósofo del Derecho Penal, Tomás Vives, decía ya en la primera edición de sus *Fundamentos del Derecho penal* que la dogmática penal no puede ser ciencia “porque no se ocupa de cómo hemos de concebir el mundo, sino de cómo hemos de actuar en él”.²⁶

Pero sea ciencia o no, lo que en todo caso ha quedado claro tras la polémica iniciada hace ya casi 70 años entre los partidarios de la teoría causal y los partidarios de la teoría final de la acción, es que con los planteamientos puramente ontológicos de los que pretendían partir dichas teorías no se resuelven los verdaderos problemas que tiene planteado el Derecho penal de ayer, de hoy y del futuro. Cuando Welzel decía, por ejemplo, que el Derecho penal puede prohibir que las mujeres provoquen sus abortos, pero no obligarles a tener un hijo a los cuatro meses de embarazo, porque esto iría contra la “naturaleza de las cosas” (*Die Natur der Sache*), un dato ontológico preexistente a cualquier regulación jurídica,²⁷ olvidaba que en el Derecho penal nadie discute ese dato ontológico, pero sí se discute y mucho sobre la licitud de la interrupción voluntaria del embarazo, un problema que desde luego no se resuelve con ningún argumento puramente ontologicista y todavía menos con una concepción causal o final de la acción. De nuevo podría responderse al argumento de Welzel con otra cita de Schönberg, cuando dice que “la naturaleza es tan multiforme que podemos insertar en ella nuestros artificios; y en la naturaleza, sin duda, pueden encontrar su fundamento muchos sistemas diversos. [...] o bien encontrar razones que los invaliden”.²⁸

En la naturaleza específica del ser humano, la convivencia y la comunicación con sus semejantes a tra-

vés del lenguaje, es decir, de un sistema de signos y significados, son la única razón por la que existe el Derecho y, por tanto, el Derecho penal. Por eso, hoy en día me parece más apta para explicar el delito y la reacción social frente al mismo (algo que muchas veces olvida la dogmática de la imputación penal), teorías más acordes con la realidad social y con el Derecho penal que tenemos, como, por ejemplo, la teoría significativa de la acción que propone entre nosotros Tomás Salvador Vives Antón,²⁹ antes que cualquier otro planteamiento basado en pretendidas verdades ontologicistas, previas a cualquier valoración.

Pero la discusión sobre éste y otros temas característicos de la dogmática penal la dejo para otro momento. Lo que en todo caso queda claro es que, como ya indicó Hassemer en el Congreso de Berlín en 1999, “una ciencia como la nuestra no puede escapar a la política, y tampoco permanecer pura a través del silencio. Nuestra ciencia –decía Hassemer entonces– sólo tiene dos opciones: o incluir en sus planteamientos científicos las consecuencias políticas que de ella se derivan y con ello facilitar la discusión, o hacerse la boba ante esas consecuencias”.³⁰ Y no cabe duda de que la hipervaloración del concepto ontológico de acción en la dogmática penal alemana de los años cincuenta y sesenta del pasado siglo contribuyó en España a un desinterés por la cuestiones político-criminales que en la dictadura franquista no fueron otras que la mayor represión posible contra quienes cuestionaran dicho régimen, utilizando para su mantenimiento el Ejército y el aparato policial, y para su legitimación un Derecho penal pervertido, aplicado por una administración de justicia a su servicio y bendecido por el pensamiento más oscurantista y reaccionario de la Iglesia católica, el nacionalcatolicismo. En el fondo, el pretendido “apoliticismo” del Derecho penal académico en aquella época no fue más que lo que Hassemer llama “política por omisión”;³¹ es decir, en palabras de un penalista de entonces, “una dogmática apolítica total, de derechas de toda la vida”.

²⁵ Paul Hindemith, Prefacio a su libro *Armonía tradicional*, traducción del inglés de Emilio Argel, Buenos Aires (la versión original se publicó en Estados Unidos en 1943, y también hay una versión alemana de 1949).

²⁶ Vives Antón, T.S., *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, 1996, p. 488.

²⁷ Cfr. Welzel, prólogo a *El nuevo sistema del derecho penal*, citado en nota 16.

²⁸ Schönberg, lug. *op. cit.*

²⁹ Vives Antón, T.S., *Fundamentos del sistema penal*, citado en nota 27.

³⁰ Hassemer, en Eser, Hassemer y Burkhardt, *El derecho penal en el cambio de milenio*, citado en nota 22; la trad. del artículo de Hassemer es de María del Mar Díaz Pita.

³¹ Hassemer, *op. cit.*



**Victoria Kent
(una española universal)**



Antonio Sánchez Galindo

Doctor Honoris Causa por el Inacipe, 2014

El ¡ay! apagado de tu pobre prójimo
que te llega a través del muro que os separa,
que penetra mucho más adentro de tu corazón
que te penetrarían sus quejas todas
si te las contara estando tú viéndole*

RESUMEN: *El artículo perfila la vida y obra de Victoria Kent, abogada, política y penitenciaria universal, particularmente en España y México.*

PALABRAS CLAVE: *Victoria Kent, Derecho penitenciario.*

ABSTRACT: *The article profiles the life and work of Victoria Kent, a lawyer, policy and universal expert in prison law, particularly in Spain and Mexico.*

KEY WORDS: *Victoria Kent, prison law.*

SUMARIO: *I. Su tiempo. II. El arranque. III. Su obra penitenciaria española. IV. Sus avatares políticos. V. El paréntesis mexicano. VI. Consideraciones finales. Bibliografía.*

Rec: 31-7-2014 | **Fav:** 20-05-2015

* De Unamuno, Miguel, *Ensayos*, t. I, citado por Victoria Kent, *Cuatro años de mi vida. 1940-1944*, Bruguera, Barcelona, 1978, p. 23.

Victoria Kent

I. Su tiempo

Mujeres en el mundo dedicadas al estudio de la prisión, en forma integral y proyectiva, ha habido pocas. Es decir, mujeres de aportación. En Inglaterra, Elizabeth Fry, y en España, Concepción Arenal y Victoria Kent. Del país ibérico, la primera, enclavada plenamente en el siglo XIX, y la segunda, en el XX, por más que naciera en 1898.¹ Arenal —figura de leyenda— fue la primera mujer que asistiera a una universidad hispana, porque en su tiempo estaba vedado al sexo femenino asistir a dicho lugar. Según se cuenta, doña Concepción tendría que vestirse hasta con ropa de varón para lograr sus propósitos de conocimiento y estudio: de academicismo. Marcó el inicio de la liberación femenina en esas latitudes del mundo. Tarea por demás esforzada, en virtud de los patrones sociales machistas o sexistas, como ahora decimos. Esto hace crecer inconmensurablemente sus méritos de ser humano y su figura histórica. Tal vez marcó, también, en gran manera la vocación humanitaria, pero especialmente penitenciaria de muchos de sus congéneres. Victoria Kent no escapó a ello. Empero, ésta no sólo abrevó en aquélla, también en Rafael Sallillas, en Constancio Bernaldo de Quirós, pero más que en éstos en Luis Jiménez de Asúa. Su amor por la judicatura y, en especial, por el Derecho penal y el penitenciarismo devino de estos juristas. Su culminación en el camino penal lo llevó a cabo dentro del Derecho penitenciario y el penitenciarismo (ya Bernaldo de Quirós decía que el Derecho penitenciario era la culminación del penal). Su figura derrama las fronteras de su patria y se proyecta, podríamos decir sin exageración, al mundo entero; visitó prisiones en todos los confines del mundo y participó en las reformas de todo el orbe, en su calidad de integrante de la Organización de las Naciones Unidas. En el capítulo de las prisiones fue adelantada a su tiempo.

Como todos los españoles nacidos después de 1850, que vieron caer los últimos reductos de lo que fuera el imperio donde —según Felipe II— no se ponía el Sol, debe haber nacido con la nostalgia del pasado grandioso, la afirmación de un presente sudoroso y atareado y la esperanza de un futuro de las mismas

dimensiones históricas que España había vivido: anhelo insaciable de recuperar lo perdido, pero —como veremos después— para distribuirlo en una forma más equitativa, más justa para las clases depauperadas, entre las que —obviamente— cabe destacar a los marginados de prisión. El año de su nacimiento es, precisamente, el de la instauración de la Generación del 98,² cuyos últimos exponentes marcaron las lecturas de nuestra juventud: Azorín, Ramiro de Maeztu, Unamuno, entre muchos otros. Es también la época de la regencia de María Cristina de Hapsburgo-Lorena, quien habría de quedar embarazada de Alfonso XII, dando a luz en 1895 al que sería el Rey Alfonso XIII, hasta 1902. Pero es también una época convulsa, más allá de las frustraciones provocadas por las pérdidas históricas: los atentados anarquistas, las guerras sin esperanza de triunfo. Parece ser que España termina cada siglo conmocionada. Así sucedió desde finales del siglo XV (aquí con felices desenlaces); el XVI, con la muerte de Felipe II como culminación de múltiples hechos infaustos como la derrota de la “armada invencible” y el *annus horribilis* de 1868; el XVII, con las disputas sobre los problemas ocasionados por Carlos II “El Hechizado” —“última generación degenerada”, como habría de decir Bernaldo Constancio de Quirós (otro de los insignes penalistas, penitenciaristas y criminólogos que nos regalara la República Española)—; el XVIII, con la famosa campaña del Rosellón, Trafalgar y la gestación de la independencia latinoamericana; el XIX —al que ya nos hemos referido líneas arriba— y ahora, el XX, lleno de inquietudes por la afirmación de la democracia en medio de los problemas étnicos de memoria que cala hondo, y económicos, dentro de la competencia feroz con Europa y el mundo.

En lo intelectual, Victoria Kent, que nació en Málaga (en 1897, como hemos apuntado, o 1898, como ella asentó en algunos documentos), pertenece al arranque de la Generación del 98, como ya dijimos, que tantos seres ilustres produjo, y a la del 27, por razón natural, cuyos logros y últimos representantes —aunque en mínima parte— todavía se encuentran presentes con nosotros. Situamos a esta noble mujer en estas generaciones, porque es contemporánea de

¹ Algunos autores, como Alique, J.B., Beristain, Antonio y De la Cuesta, José Luis, marcan 1898 como el año de su nacimiento. No obstante, en su tarjeta de identificación expedida por el Servicio de Migración, en México, D.F., el 9 de marzo de 1951, aparece que su nacimiento fue en 1897.

² Aun cuando haya nacido en 1897, para los efectos de nuestras consideraciones tiene igual valor.

García Lorca, de Picasso –su paisano– en lo artístico. Cabe también Alberti. En el ámbito jurídico, la urdimbre de vidas se teje con Salillas, Constancio Bernaldo de Quirós, Jiménez de Asúa, Jiménez Huerta y Mariano Ruiz Funes, entre los más destacados. Déjesenos hacer una consideración subjetiva: creemos que su reacción intelectual –independientemente de la formación familiar–, a nuestro modo de ver, tiene raíces paradójicas, porque Málaga –la cuna de Victoria Kent– está situada casi en el umbral del mediterráneo –quizá aquí se apoyó para dar el puntapié Hércules y hacer peñón y estrecho en Gibraltar–. Es un puerto que pertenece a la Costa del Sol, donde Torremolinos y Marbella reclaman descanso y exigen sensibilidad más que pensamiento. Tierra apta para el disfrute y no para la meditación, pero es un lar que, asimismo, provoca altruismo y generosidad. Lo paradójico está en que la nobleza no se va a dar para el arte, sino para la ayuda a la humanidad.

Dicho lo anterior, retornemos al marco que fundamentará su intelectualidad: como mencionamos líneas arriba, su vocación va de la mano de Concepción Arenal, Rafael Salillas, Constancio Bernaldo de Quirós, Luis Jiménez de Asúa y los dos Marianos: Funes y Jiménez Huerta. Recuerdo a Salillas, maestro de don Constancio –él mismo nos lo dijo en clase–. A éste, de Jiménez de Asúa, como se desprende, incluso, del prólogo a *La sentencia indeterminada*, que fuera su tesis recepcional y que marcara un hito en el universo de la ejecución penal en los países latinos. Y Jiménez de Asúa, profesor directo de ella, catedrático egregio, como igualmente lo sería –otro regalo de la República– para el mundo entero. Victoria Kent propondría hasta el fin de su vida –en cada latitud que pisaba– la figura de la sentencia indeterminada.

Pero el mundo penitenciario que influyó en nuestra recordada figura del penitenciarismo internacional fue el de Concepción Arenal, cuya fecundidad, a pesar de su larga vida, no alcanzó a igualar por más que fuera par de ella en el mundo.

Pero, ¿cómo era el universo de las prisiones que motivó a nuestra biografiada a reformarlo? Pedro Fraile nos habla de él en su libro *Un espacio para castigar*, cuando dice: “Pero, en la España de 1888, es imposible pensar en la construcción de penales modernos, a pesar de conocer su configuración o funcio-

namiento. En tales circunstancias es necesario recurrir a la violencia, separar a los hombres de su medio o de sus parientes para dominarlos y evitar las fugas”. Y más adelante agrega:

por último, cabría señalar que este periodo liberal mostró una cierta sensibilidad por los planteamientos reformistas. En tal perspectiva, deberíamos entender los decretos reales del 13 de diciembre de 1886, en uno de los cuales se ordena la construcción de un manicomio penal en Madrid. En el otro se destina el ex Convento de la Victoria, en puerto de Santa María, al cumplimiento de penas en los mayores de 60 años o aquellos que tengan deficiencias físicas de importancia. De todos modos, el turno de partidos sólo tendrá una incidencia relativa sobre la legislación, manteniéndose de una forma estable una parte importante de ella, entre las que se cuenta la que acabamos de describir. Esto se debe interpretar como una prueba de que la cuestión penitenciaria debería ser contemplada por ambos mandos, como una parte del aparato de dominación que no podría mostrarse débil, variando cada vez que cambiase el jefe de gobierno. Este modelo de alternancia, tan propia de la regencia de María Cristina, comenzará a tener dificultades incluso antes de final del siglo, debido a una serie de factores que no corresponde analizar en estas líneas, pero podría considerarse abiertamente en crisis a partir de 1902, con el inicio del reinado de Alfonso XIII, momento en que empiezan a mostrarse con pujanza nuevas fuerzas políticas y otra problemática apenas contemplada hasta el momento. Entonces se abre un nuevo periodo que tendrá características propias.³

Como en alguna parte se ha apuntado, la prisión siempre ha estado en crisis. Ésta despierta vocaciones o consume indiferencias. En el primer caso, la piedad y el altruismo crean a los hombres y mujeres que buscarán hacer de estos recintos algo humano y constructivo. En el segundo, proliferará la incuria, la destrucción, el abandono, la corrupción. Para los generosos de la prisión, lo negativo servirá de acicate; para los indiferentes y corrompidos significará motivo de mejoramiento económico: de negocios. En alguna parte de las lecciones de Derecho penitenciario de Constancio Bernaldo de Quirós, él habla de que la prisión entró en crisis precisamente en el año del na-

³ Fraile, Pedro, *Un espacio para castigar. La cárcel y la ciencia penitenciaria en España (siglos XVIII-XIX)*, Serbal, Barcelona, 1987, pp. 92-94.

Victoria Kent

cimiento de Victoria Kent (1898). Pero en este caso, el momento crítico se extendía a todo el país. Quizás esto confirme la frase de que la prisión refleja la situación de la sociedad a la que pertenece. Pero, en nuestro caso, nos sirve para entender cómo, con el tiempo, a esta gran mujer de la que ahora hablamos, le servirá el trance de su patria para entregarse generosa y noblemente al programa trascendente de mejoramiento del sistema de prisiones español. En el libro citado de Pedro Fraile se agrega, respecto de la situación carcelaria de principios de siglo:

escasos meses antes de inaugurarse esta etapa, los liberales intentarán una cierta reorganización mediante el real decreto de 10 de marzo de 1902. La distribución geográfica propuesta [de las prisiones] será poco original, pero respecto al cumplimiento presentará una pequeña innovación: algunas penas de presidio correccional se podrán extinguir en prisiones de audiencia, con lo que, además de dulcificar las condiciones del encierro, será posible acercar al recluso a su medio ambiente.

Estas dos grandes vertientes —dulcificación de las condiciones de encierro y envío del recluso al exterior— son dos de las grandes vertientes de las innovaciones kentianas. Todavía, como veremos más adelante, en México las propondrá para la reforma del sistema de nuestro país, que habrá de aplicarlas, aunque en forma tardía, por la lucha de hombres como han sido González Bustamante, Piña y Palacios, Quiroz Cuarón y García Ramírez, especialmente por este último.

El mismo autor citado menciona que este periodo de arranque penitenciario de principios de siglo está marcado por dos directrices: la recuperación de la vida del reo y la concentración penitenciaria, para poder controlar con mayor eficacia los establecimientos penales. Lo primero tendrá lugar en todo el sistema; lo segundo, en las prisiones correccionales, como sucedió con los establecimientos de Badajoz y Jaén. Este periodo terminó en mayo de 1913, época en la que Victoria Kent ya tenía 15 años. En él se eliminaron los encierros más duros y se llevó a cabo el agrupamiento de la población en términos “técnicos”. No obstante, la situación humanitaria no sería palpable y

se mantendría, con ligeras variantes, hasta la segunda República en espera de que nuestra biografiada entrara en escena.⁴

II. El arranque

Titulamos esta parte, con la palabra que hemos leído, porque significa separación: sacar a una planta de su tierra y ponerla en otra, lo que quiere decir inicio y aventura. Es como un segundo nacimiento. La edad en la que, como diría Alfonso Reyes —quien, por cierto, en aquella misma época deambulaba en Madrid—, guardamos para toda la vida el surco que dejan nuestras lágrimas: época para plantarse y crecer en definitiva o para suicidarse. El destino saca a Victoria Kent de su Málaga acariciante, independizada, pero con el apoyo de sus progenitores, José Kent Román, comerciante en tejidos, y María Siano González (los cuales le sirvieron de identificación para la actitud de valentía excepcional que observó toda su vida), para llevarla al Madrid inquietante de esa época: “Terminado el bachillerato en el Instituto Cardenal Cisneros nace en ella una pretensión que resulta insólita para aquella época viniendo de mujer: proseguir estudios superiores”; es así como se recibe de abogada en la Universidad Complutense en junio de 1924. Como dijimos anteriormente, ella lo recordará en su artículo de *Criminalia*,⁵ en el que hace evocación de una visita a un reformatorio de mujeres de Framingham, Estados Unidos, donde dice:

[Los recintos escolares de la prisión] están capacitados para 30 alumnas, donde reciben la instrucción primaria y secundaria. La biblioteca merece mención especial: consta de más de 3000 volúmenes, está instalada en un precioso salón de piso encerado, mesas para dos lectoras, flores discretas, libros, cuadernos de notas, muchas que leen o estudian; vida e interés en cada rincón. El servicio de la biblioteca está atendido por reclusas nombradas por la directora... [aquí viene la evocación] “sueño que estoy en la residencia de estudiantes de la calle de Fortuny, de Madrid, donde residí durante los años de mi vida de estudiante. Entro en el salón de actos claro y espacioso, que sirve de capilla y sala de conferencias, otro más pequeño se destina a las representaciones teatrales”.

⁴ *Ibidem ut supra*, p. 95.

⁵ *Criminalia*, año XVIII, 1952, p. 373.

Se refiere a la sección de la residencia de estudiantes dirigida –ya lo mencionamos– por María de Maeztu, de la cual deberá partir después, cotidianamente, a la Facultad de Derecho, donde el maestro Luis Jiménez de Asúa escarbaría en su corazón e inteligencia, para construirle, después de descubrir, la vocación penitenciaria.

Fue una mujer dotada para la elocuencia del foro, la polémica en la tribuna legislativa y la comunicación científica. Todavía como estudiante –siempre lo fue destacada– se le nombra miembro de la Delegación Española que acude al Congreso de Estudiantes, en Praga.⁶ Sus inclinaciones al socialismo ya para estas fechas son fehacientes. Su filiación marxista la defiende con toda entereza y convicción. Años más tarde, se encontrará en México con una mujer de sus mismos ideales: la doctora Esther Chapa –que junto con ella colaboró para la construcción del primer Centro Femenil de Readaptación Social–, que, como ella –sin ninguna actitud vergonzante–, y en prueba de valentía agresiva, saludaba al entonces presidente de la República, Miguel Alemán Valdés, con una bandera rojinegra, de la hoz y el martillo, en la mano.

Su recepción, por demás brillante, según lo relatan algunos autores que se han dedicado a narrar su biografía, versó sobre los temas penales que, después, serían el *leitmotiv* de toda su vida. En el ejercicio de su profesión se proyecta exitosamente por dos motivos: la calidad de su trabajo y el hecho de ser mujer (que en España, como en Latinoamérica, para esas fechas era algo insólito). Esto lo volvería a vivir con dos de sus amigas mexicanas: María Lavalle Urbina y Eulalia Guzmán, que tanta oposición encontraron para realizar sus vocaciones en el hostil ambiente de varones de nuestro país. La primera también sufrió los avatares de ser señora en un universo agreste y opositor: el de la judicatura. Por esto, cuando asistió a su primera sesión en el pleno del Tribunal Superior de Justicia, dos magistrados abandonaron el recinto porque no toleraron que una mujer ocupara el lugar que, hasta ese momento, sólo habían sustentado los hombres. La segunda –la célebre antropóloga que localizó la osamenta de Cuauhtémoc que, hasta la fecha, todavía está en tela de juicio– sufrió los constantes ataques de sus propios compañeros que no permitían

que fuese más luminosa que ellos. Alfonso Quiroz Cuarón, amigo también de Victoria Kent, se lo dijo muy claramente: “¡Eulalia, eso le pasa a usted por ser mujer en un país de machos!”

Harto es sabido que Victoria Kent –a pesar de un mundo de oposición– sobresalió, desde el principio, en el ejercicio de su profesión, desde la defensa hasta la casación. Y esto último por su ánimo de proteger constantemente los derechos de los marginados. Como dice uno de sus biógrafos –Alique, a quien en esta parte seguimos– en relación con su deambular por los tribunales:⁷

aparte de numerosos juicios laborales en los que interviene en defensa de los trabajadores, aparte de su destacada actuación como abogado del Sindicato Nacional Ferroviario, contribuye de manera muy especial al incremento de su prestigio la defensa que realiza ante el Tribunal Supremo de Guerra y Marina, de Álvaro de Albornoz, miembro del Comité Revolucionario Republicano, detenido y procesado, junto con los que después formaron el primer gobierno de la República a raíz de la sublevación de Jaca (1930).

Cómo pesa –es nuestro punto de vista personal– aquí la figura de doña Concepción Arenal, a quien tanto admiraba nuestra biografiada, en relación con sus “Cartas a un obrero”.

A partir de lo anterior, se afina y afirma su espíritu rebelde que, casi pudiéramos decir, es de procedencia genética. No puede ser de otra manera, Victoria Kent siempre fue así: sublevada ante la injusticia. Para lograr esto, cualquier ser humano requiere de dos cualidades primordiales: convicción y decisión: ¡valentía! Y esto no nace por generación espontánea.

Victoria Kent es, a lo largo y ancho de su vida, una mujer valiente, convencida de sus ideales y deseosa de implantarlos y realizarlos. Cree en una humanidad más justa y equitativa (convicción), aporta los medios para lograrlo (decisión) y no le importa ser etiquetada por un gobierno autoritario en el que no cree (valentía).

Como apuntamos, el proceso “Albornoz” le da prestigio y, también, temibilidad social: se hace peligrosa. Ya en esta época, deambulan junto a ella Clara

⁶ J. B. Alique. Victoria Kent, Cuatro años de mi vida. 1940-1944. Apéndice. Sinopsis biográfica de Victoria Kent, Bruguera, Barcelona, 1978, p. 186.

⁷ *Ibidem ut supra* (Alique), p. 186.

Victoria Kent

Campoamor y la *Pasionaria* Dolores Ibárruri. Con ellas compartirá, tiempo después, ideales y rechazos. Las tres, siendo pares en inteligencia y voluntad, en actitud, tendrán que diferir –como siempre sucede con los grandes– en algo.

Acontece con frecuencia que “los adelantados” en algún punto no concuerdan y ambas partes pueden tener razón. Lo lamentable, en estos casos, es que se desgastan y no se llega al fin a una aportación real y definitiva en favor de la humanidad, en este caso, la marginada: la mujer.

El juicio le dará la posibilidad de relacionarse con personas de su nivel; de realizar sus afinidades selectivas ‘goetheanas’, como sucedió con el abogado Sánchez Román, que representará a otro perseguido político: Francisco Largo Caballero.⁸

III. Su obra penitenciaria española

Los idealistas auténticos –y Victoria Kent lo era– generalmente se radicalizan: no se andan con medias tintas. La bandera roja que sostiene en su mano se hace profunda en su militancia del partido radical socialista, en el cual y en forma personal, Niceto Alcalá Zamora –el insigne primer mandatario de la Segunda República, a partir de 1931 (gobierno provisional, al que sucederá Manuel Azaña)–, le ofrece, recién llegado al poder, la Dirección General de Prisiones. A todo humano engreído en sus ideas, una oportunidad de este tipo y nivel lo derrumba o lo encumbra. A Victoria Kent –como espíritu superior que era–, de inmediato, el nombramiento la hace entrar en una etapa de intensa efervescencia: ella, *in integrum*, se traduce en acciones. Aquí se queda atrás la *femina sapiens* y brota, en ruptura de mundos –en este caso, los caducos penitenciarios del pasado español–, la *feminae faber*: ¡la que hace! Pasa de la potencia al acto tomista; de la palabra a la realización. Esto, en plena concordancia con su discurso interior. Oigamos, al respecto, lo que dicen algunos autores que han rozado con brevedad su vida:

En cuanto ocupó su cargo, dio órdenes de sustituir los camastros inmundos de las cárceles por jergones nuevos, dentro del escaso presupuesto de que podía disponer para todos los servicios y necesidades de las cárceles y penales. Aumentó el capítulo destinado a

la alimentación de los reclusos y las reclusas, sin necesidad de pedir suplemento de crédito. Suprimió en todas las prisiones las celdas de castigo, las cadenas y los grilletes (O.M. de 13 de mayo). Estos hierros, que ordenó enviarlos a Madrid, fueron fundidos con otros metales y sirvieron para un busto de Concepción Arenal, obra del escultor Alfonso Palma, que se colocó en el Paseo de Rosales (en la Guerra Civil estuvo durante muchos años arrinconado en los sótanos del Ministerio de Justicia; se recuperó con el transcurso del tiempo, y Juan José Martínez Zato, siendo director General de Instituciones Penitenciarias, lo colocó presidiendo su despacho.)⁹

En este aspecto –el del busto de doña Concepción Arenal–, en nuestro transcurrir penitenciario no sucedió una cosa semejante: con motivo del centenario de la muerte de Benito Juárez –quien vivió prisión en varios lugares (recordamos ahora las de Etlá y San Juan de Ulúa) y, además, se preocupó (aunque ya sin tiempo para la realización) por el mejoramiento de las prisiones, a tal grado que hizo participar a México, por conducto de Enoch C. Wines, en el I Congreso Internacional Penitenciario, celebrado en Londres– moldeamos en fibra de vidrio, con las manos de los internos del Centro Penitenciario del Estado de México y bajo la dirección del maestro Díez Canedo, un busto del propio Juárez, cuyas copias distribuimos a nivel nacional para que fuese colocado en un lugar especial en todos los centros penitenciarios de la República. Años más tarde, y en nuestro peregrinar por las prisiones del país, encontramos esos bustos en diversas oficinas de los gobiernos estatales, pero nunca en el interior de las prisiones donde debían ser venerados por quienes, al igual que Juárez, sufrían la prisión.

También,

evitó que la correspondencia de los reclusos a la Dirección General fuera entregada abierta, y para ello colocó buzones para esta correspondencia; estableció la libertad de culto y la asistencia a la misa quedó voluntaria para los reclusos y reclusas que así lo desearan; intensificó el trabajo cultural con la celebración de conferencias y conciertos a solicitud del director de cada prisión; y se permitió la entrada de la prensa para los reclusos y reclusas siempre que fuera autorizada por el director. Especial sensación causó la supresión de 115 cárceles

⁸ *Ibidem ut supra* (Alique), p. 186.

⁹ Beristain, Antonio y De la Cuesta, José Luis, *Cárcel de mujeres*, Instituto Vasco de Criminología/ Ediciones Mensajero, Bilbao, 1989.

de partido de pequeños pueblos, cuyos locales eran inmundos, compartidos en muchos lugares con escuelas, con casas particulares y con albergues de caballerías, y procuró que las internas tuvieran trabajos debidamente remunerados.¹⁰

¡Cuánto se parece esta reforma a la que llevó a cabo Sergio García Ramírez en el Estado de México, en 1967, cuyos alcances nos atrevemos a transcribir líneas adelante, por lo significativo de los mismos y el paralelismo con el penitenciarismo kientiano! Esto nos hace meditar en que se siembra, pero no se sabe cuándo va a germinar la semilla, a crecer la planta y a dar sus frutos. Y en este caso, en qué latitudes.

Antonio Beristain y José Luis de la Cuesta agregan:

Intentó y logró avanzar a pasos gigantes [dada la precariedad de los medios a su alcance] en la humanización de las instituciones penitenciarias, especialmente en las cárceles de mujeres en España, como indican Carlos García Valdés, Manuel de Rivacoba y Rivacoba y Antonina Rodrigo. Ella decidió la concesión de permisos de salida temporales de 3 o 4 días de los presos en casos de emergencia familiar, lo que representó adelantarse en más de un cuarto de siglo a los sistemas penitenciarios más avanzados; ordenó la disolución, como organismo administrativo, del personal de capellanes, que formaba parte de la sección facultativa del cuerpo de prisiones [Decreto-ley de 4 de agosto, que reproduce la medida que ya había tomado la primera República por Decreto de 25 de junio de 1873]; logró la creación y estructura del cuerpo femenino auxiliar de Prisiones [D. de 23 de octubre]; la liberación condicional de los penados de intachable conducta que cumplieren los 70 años y que ofreciesen garantías de hacer vida honrada en libertad, con independencia del delito concreto que hubieran cometido; el acondicionamiento de las celdas, con instalación de calefacción, agua caliente, cuartos de baño, etc. Su talante innovador y humanista suscitó muchas dificultades y enemistades que motivaron la renuncia al cargo.¹¹

Al decir de Alique, estableció, asimismo, buzones para reclamaciones directas a la Dirección General, y

libertad de culto en las cárceles e inspección periódica por las más altas autoridades de justicia. Medidas con las cuales intentó llevar a la práctica la idea que a menudo expresaba en los siguientes términos: “hay que proteger a la sociedad, sí; pero también debe protegerse al prisionero frente a la prisión”.¹² El mismo autor manifiesta que:

antes de dimitir crea la cárcel de mujeres de Ventas Madrid, en la que provee mejoras especiales para reclusas que son madres, y funda el cuerpo femenino de prisiones y el Instituto de Estudios Penales, cuya dirección la encomienda a Jiménez de Asúa, su antiguo maestro. Y cuando decide dejar el cargo, lo hace porque el gobierno no considera viable otras de las muchas ideas revolucionarias: que los presos de mejor conducta participen en la dirección y vigilancia de los establecimientos penitenciarios, sustituyendo a aquellos funcionarios que hayan dado muestras de corrupción o abuso en el ejercicio de sus responsabilidades.¹³

IV. Sus avatares políticos

Para estas fechas —las de la vigencia de la Segunda República—, Victoria Kent vive, sin lugar a duda, la etapa más intensa de su vida. No sólo se prodiga en el ámbito penitenciario, donde entrará en la historia en este sector del quehacer humano, también participa en las Cortes constitutivas por la provincia de Madrid, donde es elegida diputada. En el Congreso habrá de protagonizar, enfrentada con Clara Campoamor, uno de los debates que alcanzarán mayor repercusión pública: el referente a la inclusión del voto femenino en la Constitución. En contra de lo que cabría esperar en una mujer que ha dado tantas muestras de independencia y valía profesional, se opone a que sea admitido, considerando que en la España de la época las mujeres no están preparadas para tomar decisiones políticas y que su sufragio influido por el clero acabaría por ser perjudicial para la República. Al respecto ha de enfrentarse con la encarnizada oposición de las más tenaces feministas, cuya voz, representada insistentemente en las cortes por Clara Campoamor, consigue una votación favorable al sufragio de la mujer.¹⁴

¹⁰ *Ibidem ut supra*, p. 175.

¹¹ *Ibidem*, p. 176.

¹² *Op. cit.*, p. 187.

¹³ *Op. cit.*, pp. 187 y 188.

¹⁴ *Op. cit.*, (Alique), p. 188.

Victoria Kent

No dejaba de tener razón Victoria Kent, pero aquí no concibió los riesgos del progreso, porque si bien es cierto que, dada la situación de la mujer hispana en ese tiempo, no estaba preparada para la lucha política debía haber aceptado que se le concediera este derecho y proceder a la politización femenina española de inmediato. A veces, el horizonte abierto semeja un abismo y nos da miedo. Esto debió haber sucedido a una mujer de tan clara inteligencia como era nuestra biografiada.

No ceja en la lucha:

En febrero de 1936, y tras un periodo de alejamiento parlamentario, es presentada esta vez por la izquierda republicana, resulta elegida nuevamente por Madrid. Como diputado republicano [debía ser diputada republicana, pero nótese que todavía había lugares que todavía no ocupaba la mujer], la sorprende, pues, el estallido de la Guerra Civil, que no habrá de vivir por completo dentro de la atormentada España. A mediados de 1937, es enviada a París con la misión de ocuparse de los niños que son repartidos por diversos países europeos, para salvarlos de la crueldad de la contienda. Y en París, continúa cuando cesan las hostilidades. De hecho, habría de pasar 40 años exactos fuera de su patria, pues no vuelve a pisarla hasta muy avanzado 1977.¹⁵

Su larga vida le dio la posibilidad de regresar a España, como sucedió con Ulises, al retornar a Itaca, y sin recurrir al perdón —que no tenía por qué—, como muchos exiliados hicieron hacia finales de la dictadura de Franco. Otros no vivieron lo suficiente para regresar —con la emoción ontológica que esto implica— a su España.

Pero no cesa su tarea humanista:

tras ocuparse, a partir de 1938, de refugiados españoles que comienzan a ser internados en campos de concentración, el desarrollo de los acontecimientos en el país vecino la obliga a cuidarse de su propia seguridad (es la época a que se refiere el libro *Cuatro años de mi vida, 1940-1944*). Incluida en la lista de los rojos peligrosos para el régimen de Vichy y las fuerzas alemanas de ocupación, se ve constreñida a vivir aislada en la embajada de México, durante 10 meses, en 1940. Después y hasta 1944 consigue pasar inadvertida en un apartamento cer-

cano al Bois de Boulogne, donde se irá enterando de la trágica suerte corrida por otros compatriotas que, perseguidos de modo semejante, acabaron por ser víctimas de extradición.

Ella misma dice:

no pude salir del territorio francés, porque mi nombre figuraba en una ‘lista negra’ entregada por la policía franquista al gobierno de Vichy. Se trataba de personalidades destacadas en nuestra República a quienes las autoridades franquistas buscaban para conducirlos a España, con las intenciones más piadosas [nótese la ironía] —como se comprobó en los casos no únicos— que señalo, el de Lluís Companys, presidente de la Generalidad de Cataluña; el de Julián Zugazagoitia que, después de ejercer durante varios años la dirección de *El Socialista*, fue ministro del gobierno republicano; y el del secretario de su departamento, Cruz Salido. Los tres fueron ejecutados tras juicios ‘sumarísimos’. Cipriano Rivas Cherif y Teodomiro Menéndez, que formaron parte de la misma ‘repatriación’ organizada por la Gestapo, padecieron duros años de prisión (Rivas Cherif, escribió circunstancialmente *Episodio en el penal de Dueso*).¹⁶

En el libro citado (*Cuatro años de mi vida*), nos narra las angustias y avatares que padeció en Francia, hasta que pudo refugiarse en la embajada mexicana y, después, venir a nuestra patria. En su primer capítulo “Las cuatro paredes (1940-1941)” nos habla de las penas que sufre el exiliado político que, paralelamente, es perseguido. Destaca, su condición de prisionera dentro de la libertad. Le sucede lo mismo que a Silvio Pellico, en *Mis prisiones*, donde el único consuelo que tenía era el de platicar con el ave que venía a compartir, en el ventanillo de su celda, las migas del pan que como ración se le daban. También se nos figura su situación semejante a la del cardenal Midzenti, cuando contaba las lozas del cuarto donde se encontraba recluso una y otra vez, o bien, *La vuelta al día en ochenta mundos*, de Julio Cortázar. También, la existencia exquisitamente marchita, como flor olvidada en un jarrón de casa umbría, de Emily Dickinson, que contempló el universo sin salir de su casa. Sólo quien tiene cicatrices puede hablar de heridas. Esta estancia en París —en ese andar solo

¹⁵ *Op. cit.*, pp. 188 y 189.

¹⁶ *Op. cit.*, *Cuatro años de mi vida*, pp. 17 y 18.

entre las gentes “lopeano”–, de libertad en celda propia, la hizo reflexionar. Aquí, de mujer de acción, se volvió mujer de meditación. El hombre público vive siempre en ajeno, no tiene tiempo para detenerse a escuchar sus voces interiores, porque debe seguir adelante impulsado por el torrente de hechos, acciones y aconteceres.

Victoria Kent, en este paréntesis parisino –que no tenía nada de quietud–, lo aprovecha para reflexionar, para meterse en sí misma, para rescatar su reducto religioso, hagiográfico. Así, recorre su cuarto como si fuera un templo, descubre, como nuevos mundos, uno a uno los muebles de la habitación, añora las paredes vestidas de cuadros o retratos de sus buenos tiempos, examina la piel de las paredes y se le viene encima Jesucristo:

este “Descendimiento” colgado en ese muro sobre las flores, tiene una tristeza de pobre; no creo que sea el decorado el que influye; lo aísla y continúa siendo pobre. No; este “Descendimiento” no tiene grandeza, y esa muerte sí la tuvo; esa muerte de un Dios que se hace hombre por salvar a los hombres es grande; si fue Dios, le conmovió el dolor humano; si fue hombre hizo más: le conmovió el dolor del hombre. No mató a los hombres, murió por los hombres. Miremos esta muerte desde el ángulo que la miremos, Dios, Dios hecho hombre u hombre, la vida y la muerte en él tuvieron la grandeza de lo humano: lo humano, que es tan grande como el universo y tan pequeño como sus componentes.

Y luego sigue:

¡Todo es tan grande y tan pequeño! La muerte es un accidente desprovisto de importancia en la trayectoria del tiempo; pero ese morir de cada uno es el máximo problema. Cristo tuvo temor ante su morir y quiso apartar el sufrimiento; tuvo conciencia del momento y de su incapacidad para evitarlo; imploró a las fuerzas superiores a él, que le alejaran la amargura de aquella hora. Como nada tenía que esperar de los hombres porque todo lo había dado por ellos, ponía su esperanza en las leyes que podían regirlos. Buscaba la luz y murió en la llama, no obedeciendo a una fuerza oscura, sino en la profundidad ciega que llega a ejecutar el crimen como afirmación de su existencia. La Roma gentilica, decadente y corrompida, afirmaba aquella tarde su existencia matándolo: él afirmó la suya muriendo.

Se presiente y se siente la lucha para conservar el equilibrio: son los mundos que provocan las dudas existenciales: ¡Dios, el hombre y el mundo! Cabe también el universo. Ella misma agrega:

el universo se nos escapa y tenemos que destruir, como sea, lo que sea: destruir [aquí nos recuerda a Demian de Herman Hesse: ¡el que nace tiene que romper un mundo!]. El hombre destruye porque su naturaleza rudimentaria, su fuerza oscura le empuja a ello, porque no tiene la virtud de crear sin destruir; pero la soledad le espanta y el vacío le envenena, y tiene que crear. El triunfo tiene como condición la lucha y el triunfar es casi la única aspiración humana: el político sueña con el triunfo, el artista sueña con el triunfo, el soldado sueña con el triunfo. Todos los que triunfan han dejado atrás hombres malheridos y hombres bien muertos en tierra.

Y continúa: “y el científico ¿triunfa? No; el científico no triunfa, éste es el único que no triunfa. Sin embargo, todo descubrimiento debiera ser un triunfo, y no lo es; el descubrimiento señala un punto luminoso en un mundo de tinieblas, un mundo de partida hacia mundos desconocidos [...]. La grandeza de Cristo fue su vida, y su muerte fue como su vida misma. No necesitó apoyar la afirmación de su existencia en la lucha. Nosotros, viviendo agredimos, matemos o no, eso no importa, pero agredimos; él afirmó su vida dándose”.

Los grandes de la humanidad dan en soledad y hacen en el conglomerado: ¡qué aislamiento más profundo y total en este momento de Victoria Kent! Termina este pequeño capítulo hablando con su reloj, tal como hacía Pellico con su pajarillo.

El exilio se le trepa al cerebro, se le anida en el corazón, lo suda. Así dice “en esta realidad de acero de la vida actual, puede parecer que el exilio es lo de menos para el hombre; nada de eso. El exilio sigue siendo una fuente inagotable de sufrimientos. Mucho se ha escrito sobre el dolor del destierro; sea como sea hemos de aceptar que el hombre fuera de su patria es un árbol sin raíces y sin hojas; lucha por mantenerse firme sobre la tierra y nadie puede descansar sobre su sombra”.

Luego cita a Ovidio:

en saliendo de su patria, ¿quién puede decir que sigue siendo el mismo? Y ésta es la tragedia del hombre en el

Victoria Kent

destierro: su brazo no dirige, su mirada no abarca sino horizontes bien limitados, su voz no llega a ninguna parte. Las penalidades de la vida material en estos momentos son inenarrables, pero ellas no amortiguan ese sentimiento de impotencia del hombre en el destierro, por el contrario ese sentimiento de impotencia impide resoluciones que podrían mitigar la lucha diaria.¹⁷

Y sigue:

por lo que respecta a la mujer, creo que ha llegado el momento de que se le haga justicia en este terreno. Poco a poco se le hará; en esto, como en tantas otras cosas, confío en el futuro. Se ha dicho que el exilio es un dolor más profundo para el hombre que para la mujer, porque para la mujer la patria es su hogar y su hogar va con ella. No hay que decir que esta y otras opiniones son opiniones masculinas; en general, de hombres desterrados. Los hombres desterrados en el pasado fueron hombres de una gran vida pública y de ese bien perdido nada pudo consolarles, ni el afecto de los que con él partían, ni su hogar: el diámetro de su vida quedaba reducido en centímetros y ese era el mal de que moría. Las mujeres, en general, fueron al exilio voluntariamente, por seguir al hombre en el destierro que le imponían; es decir, la mujer elegía entre dos sacrificios: la mujer es mujer en su patria y en el extranjero.

Luego sostiene:

Goethe, para quien el corazón femenino guardó pocos secretos, puso en boca de su *Ifigenia*, exiliada en Táuride, estas palabras:

¡Desgraciados de aquéllos que lejos de los suyos
llevan una solitaria existencia!...
La pena muerde en sus labios
La felicidad que pueda aproximarse;
El enjambre de sus pensamientos vuela siempre
Hacia el suelo patrio, donde el Sol al nacer el día
Abría el cielo delante de sus ojos.
De un país extranjero
¿Se puede hacer una patria?¹⁸

Freud decía que el dolor más grande para el ser humano es la pérdida del padre. Pero, bien visto, ¿puede

haber un dolor más grande que perder la patria: el padre de padres? Como nos lo explica dramática, trágicamente Victoria Kent, creo que el exilio es el dolor de dolores. ¡Dichosos los que no hemos tenido que sufrirlo! Pero no es un dolor abstracto, moral, también es físico: se padece hambre, se tiene que caminar hasta que duelen los pies, hay que permanecer agazapado, a veces, en rincones inhóspitos, día y noche, se pierde la confianza hasta de los más íntimos, y se conversa, cotidianamente, en forma enajenada, con la paranoia. Para colmo, vinieron los racionamientos, las solicitudes imprevistas de documentos, los sobresaltos de los bombardeos y las amenazas de ser detenida en cualquier momento. Aunque todo esto no la arredra, por eso dice que las almas, las almas no cambian en el paso de una guerra a otra y, en ironía igual a la de Virginia Woolf cuando decía que la guerra del 14 sólo había dejado “un nuevo aparato de duchas; que se apoya sobre el botón y el agua cae en innumerables agujas”; ella señalaba que “la comprensión del hombre no avanzará con un ritmo más acelerado después de esta guerra; lo que ha avanzado es el avión”. Y concluye esa parte manifestando: “el pan para todos ¿no sería más fácil que el pan para unos y la muerte para otros? La vivienda para todos ¿no sería más fácil que destruir los hogares? El trabajo para todos ¿no haría más fácil la tarea de cada uno?” Al empequeñecerse el mundo, los problemas serán más grandes y es posible que el hombre sea menos pequeño. Una de las evasiones de la realidad brutal la hacen los inteligentes a través de la ironía. Victoria Kent no escapa a ello, en un marco de este talante continúa todo ese capítulo que se refiere a la ocupación nazi. Pero no hay mal que dure 100 años ni mortal que los resista: termina la ocupación y cita las hojas de yerba de Walt Whitman:

Pioneros, ¡oh pioneros!,
Vamos, hijos míos
No podemos detenernos aquí.
Es necesario sigamos adelante,
Es necesario resistir
El choque de los peligros.
Pertenece a las razas jóvenes y fuertes;
Todos
(Tienen sus esperanzas puestas en nosotros).
Pioneros, ¡oh pioneros!

¹⁷ *Ibidem*, *Cuatro años de mi vida*, p. 80.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 80 y 81.

Y Victoria Kent será pionera en el penitenciarismo del mundo —es el único “sector social” en el que cada centuria tiene sus pioneros—, pero también en el feminismo español y del mundo, en el humanismo que en cada generación se agota y vuelve a nacer, ave fénix en cadena. Aun en los momentos más graves está atenta a la realidad —al momento y al espacio que vive—, siempre ve más allá, su voluntad es de las que no se doblegan y vencen al tiempo. Así podrá gritar al final de la invasión germana: “¡Viva Francia!” En ella también cabe la esperanza. Así nos dice:

poco más o menos tres años que la guerra comenzó con carácter de tal, tres años de violencias, de persecuciones, de sacrificios, de huidas, de camoufflage; tres años de perturbaciones cardíacas, de mal funcionamiento del hígado, de enfermedades que no pueden ser cuidadas, de muertes que se ocultan como un crimen, porque hasta para morir hay que tener documentación presentable.

Pero arriba dice que la ignorancia del porvenir es uno de los pilares de nuestra existencia. Su sensibilidad hace que incluso París le duela, pero le quedará tiempo para volverlo a disfrutar bajo el Arco del Triunfo, caminando entre los liberados y liberadores que descienden a pie por los Campos Elíseos, en ovación delirante y continua.

V. El paréntesis mexicano

El México de Cárdenas entendió su filiación con la Segunda República Española. El espíritu socialista estaba más allá del liberalismo y la monarquía. El fracaso del movimiento, nacido legítimamente del pueblo, se vio amenazado desde sus inicios por la reacción. Escuchemos lo que Iñaki Rivera Beiras, manifiesta:

Tras la proclamación, el 14 de abril de 1931, el gobierno provisional de Niceto Alcalá Zamora, inició rápidamente una reforma legislativa y convocó a elecciones generales. El 22 de mayo se proclamó la libertad religiosa y el 28 de junio se celebraron elecciones generales, cuyo resultado fue el triunfo de la coalición de republicanos de izquierda y socialistas. Pese a ello, escasos días más tarde, se produciría la primera huelga, convocada por la CNT.¹⁹

Todo cambio radical se resiente por dos problemas: el relativo a la resistencia y el que se refiere a la oposición. El primero se niega a llevar a cabo el esfuerzo que implica la transformación; el segundo se caracteriza por poner, de inmediato, obstáculos, trampas y minar el camino. El propio Rivera Beiras, continúa:

el 18 de agosto, un nuevo proyecto de Constitución fue presentado ante las Cortes. España se constituyó así, en una República democrática, laica, descentralizada, con cámara única, sufragio universal y tribunal de garantías. La Constitución establecía la separación de la Iglesia y del Estado, limitaciones a la enseñanza religiosa y la eliminación del crucifijo de las escuelas públicas. Comienzan, así, los primeros problemas con las jerarquías eclesiásticas. Una oleada de quema de convento, en el mes de mayo, favoreció la unidad de la derecha en torno de la defensa de la Iglesia amenazada, así como condujo a la dimisión del primer presidente republicano, Niceto Alcalá Zamora; la Constitución fue aprobada por las Cortes el 9 de diciembre de 1931. Manuel Azaña formó gobierno con apoyo de socialistas y republicanos, quedando en la oposición dos monárquicos y católicos, mientras parte del movimiento obrero de tendencia anarco-sindicalista se mantiene al margen. La República nació justo en el momento en que la crisis económica mundial [Gran Depresión] comenzaba a afectar fuertemente al país, dificultando los planes económicos del nuevo gobierno.

Esto no pudo prolongarse más allá de 1936, y España entera se embarcó en la lucha fratricida que todos conocemos y en la que participaron muchos idealistas de todo el mundo. Como la misma Victoria Kent afirmaba: “la República se implantó no sólo sin el menor desorden, sino en un ambiente general de paz y alegría; ese ambiente auguraba la trayectoria de la nueva forma de Estado. Pero ese gobierno provisional era consciente de la labor que le esperaba. Entre los problemas más urgentes a resolver, nos limitamos a mencionar estos tres: el problema regional, la situación agraria y la depuración de la administración de justicia”.²⁰ Estas reformas no llegaron a consolidarse plenamente, la coalición, ensangrentando todo el territorio, con la participación de los países fascistas,

¹⁹ Rivera Beiras, Iñaki, *La Cárcel en el Sistema Penal. Un análisis estructural*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1996, p. 89.

²⁰ *Ibidem* (Rivera, Iñaki), p. 89.

Victoria Kent

ganó la partida. La desbandada fue total. De penitenciarista, Victoria Kent brincó a diputada, y de esto a la noble misión —a mediados de 1937— de ocuparse de los niños que fueron enviados a París para ser reparados por diversos países europeos, a fin de salvarlos de la crueldad de la contienda. Y en París, como afirma Alique, continúa cuando cesan las hostilidades. El mismo autor agrega que “tras ocuparse a partir de 1938, de los refugiados españoles, que comienzan a ser internados en campos de concentración, el desarrollo de los acontecimientos en el país vecino la obliga a cuidarse de su propia seguridad:²¹ son los cuatro años en París que ya hemos narrado con anterioridad brevemente”.

Refugiada en nuestra embajada, logra llegar a nuestro país, desde París, en 1945.²² Inmediatamente se relaciona con los más prestigiados penalistas mexicanos de aquella época, y a quienes ya hemos mencionado pero que, no está por demás volver a recordar, porque muchos de ellos ocupaban algún sitio en la Academia Mexicana de Ciencias Penales, recientemente fundada y cuyo órgano de difusión y de comunicación era la revista *Criminalia*, que había visto la luz el año de 1932. Precisamente, quienes fueron los padres de esta publicación constituyeron, con posterioridad, la propia Academia. Ahí se encontraban Francisco Argüelles, Raúl Carrancá y Trujillo, Carlos Franco Sodi, Luis Garrido, Juan José González Bustamante, Ángel González de la Vega, Francisco González de la Vega, José María Ortiz Tirado, Emilio Pardo Aspe, Javier Piña y Palacios y Alfonso Teja Zabre, entre otros. Después se incorporarían Alfonso Quiroz Cuarón y otros ilustres penalistas que sería prolijo inscribir en este trabajo. Todos ellos, en alguna forma, ayudaron a Victoria Kent: ya sea para incorporarse a las labores penitenciarias, de docencia y organización de la Escuela de Capacitación de Personal Penitenciario de la

Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional Autónoma de México, como a publicaciones especializadas, entre ellas *Criminalia* y otras revistas del extranjero. Es la fundadora —planteamiento inusitado en aquella época en nuestro país— de la Escuela de Capacitación para el Personal de Prisiones, donde habría de prepararse el primer personal con que contó el Centro Femenil de Readaptación Social, que sería inaugurado en 1952 y puesto en marcha y operación en 1954. Su labor en este aspecto fue integral: participación en el programa de docencia, maestra en las mismas clases de la escuela, expositora de opiniones; realizó actividades de selección y capacitación, y fue consultora de las autoridades oficiales, como fueron los doctores Eraclio Rodríguez y Chávez, quienes estuvieron al frente del Departamento de Prevención y Readaptación Social, durante las gestiones del general Manuel Ávila Camacho y el licenciado Miguel Alemán Valdés. Por lo que se refiere a sus cátedras, éstas las pronunció en las aulas de la Facultad de Jurisprudencia, en San Ildefonso, hasta el momento en que, en 1950, fuera “reclamada por las Naciones Unidas”²³ a trabajar en la sección de Defensa Social, en Nueva York, para mejorar —como dicen Beristain y De la Cuesta— la situación de las cárceles de mujeres en todo el mundo.²⁴ También participó en el incipiente movimiento feminista mexicano de los años cuarenta, con las doctoras Esther Chapa y Matilde Rodríguez Cabo y la licenciada María Lavalle Urbina, quien después sería, asimismo, una excelente jefa del Departamento de Prevención y Readaptación Social. En sus publicaciones en México (tomamos las de *Criminalia*) aparecen algunas de sus principales ideas: la necesidad de cambiar el sistema de prisiones, la humanización de los sistemas de tratamiento carcelarios, la búsqueda en la diversificación institucional, la capacitación del personal, la indeterminación penal, la

²¹ *Ibidem*, Alique, p. 189.

²² Esta fecha la mencionan en el libro *Cárcel de mujeres*, al que nos hemos referido anteriormente, Antonio Beristain y José Luis de la Cuesta. También Alique da a entender que más o menos ese año llegó a nuestro país (“una vez liberado París, agosto de 1945, Victoria Kent embarca con dirección a México”). Sin embargo, su tarjeta de identificación dice lo siguiente: “Entró con pasaporte diplomático el 3 de octubre de 1948. Aceptada a partir del 9 de marzo en curso, como inmigrante por un año reffrendable. Apoyo art. 48 de la Ley General de Población vigente, fracción VI. Exclusivo objeto desempeñar cargo de Directora de la Escuela de Capacitación para el Personal de Prisiones. Adscrita a la Escuela Nacional de Jurisprudencia, dependiente de la Universidad Nacional Autónoma de México”. El documento tiene fecha de 13 de marzo de 1951. También se menciona que nació en 1897 y que en esa fecha tenía 53 años, de lo que se desprende que su entrada fue hasta 1948.

²³ También aquí hay material para continuar la investigación, porque si su tarjeta de identificación migratoria en México se expidió el 9 de marzo de 1951, obviamente su permanencia en nuestro país no fue sino hasta ese año y no el anterior, como se infiere aparentemente de lo dicho por Beristain y De la Cuesta.

²⁴ Beristain, Antonio, y De la Cuesta, José Luis, *op. cit.*, p. 176.

individualización y nuevas figuras sustitutivas de la prisión. Así dice:

los países escandinavos, Finlandia y Suiza, nos presentan siempre su honroso índice criminológico, consecuencia de su nivel económico y cultural, pero mientras sigan existiendo prisiones que son centros de corrupción, ahí donde se encuentren, nosotros seguiremos nuestra campaña. Y cómo no seguirla, cuando desdichados países de habla española tienen aún como prisiones lugares donde se confinan los que se supone delinquieron y los que han delinquido, jóvenes y ancianos, enfermos y sanos. Estamos en México y yo quiero, para hablar de México, ir en buena compañía y me acojo a dos conferencias leídas en el Ateneo Nacional de Ciencias y Artes por el licenciado González Bustamante, que tituló: “La reforma penitenciaria en México”, y otra, la de la doctora Chapa, leída en esta misma Academia, titulada “El problema de la penitenciaría del Distrito Federal”. Ambos califican de monstruoso lo que ocurre dentro de la penitenciaría, señalando el abandono y miseria que lo envuelve todo. Tenemos que seguir grabando en las prisiones: “Dejad aquí toda esperanza”.²⁵

Como hemos dicho, nuestra biografiada —que tanto sembró en el camino del penitenciarismo mundial— era una admiradora de su antecesora, Concepción Arenal, a la que se asemeja en más de un rasgo. Casi pudiéramos decir que es su reencarnación, pues apenas muerta aquella nace ésta. En el mismo discurso que pronunció el 14 de enero de 1949, en la Academia Mexicana de Ciencias Penales, apunta sobre su antecesora lo siguiente:

nuestra gran Concepción Arenal, aquella mujer de inteligencia clara y corazón abierto, decía en 1893: “cuando desde el interior de una prisión se ve lo que pasa en ella, es cuando se observa aquel conjunto de corrupción, de ignorancia, de error; cuando se respira una atmósfera en la que el vicio y el crimen germinan; cuando se ve la desproporción entre el delito y la pena... varios sentimientos de indignación, de horror y de vergüenza, van derechos a cada una de las causas de tan desdichados defectos y se acusa al Derecho penal, al civil, a las leyes económicas, a la organización de la enseñanza, a las costumbres, a todo, y ponemos a la sociedad mentalmente

en el banquillo y se le pide cuenta de aquel atentado permanente”.

Y agrega:

han pasado cerca de 60 años y nos vemos obligados a examinar las mismas cuestiones, hay que subrayar esto, pero es necesario afirmar que estamos en el periodo de la individualización de la pena y de la sentencia indeterminada y vamos a la libertad bajo palabra y al perdón. No nos asustemos. Toda esta teoría, todos estos conceptos son hijos de la realidad, de los hechos, el hecho es antes que el derecho y los criminalistas contemporáneos, están todos de acuerdo, los italianos, como Roco, Pellegrini; los norteamericanos, Cass, Wilcox; los mexicanos, como Porte Petit, Ceniceros, Quiroz Cuarón, etc.; los españoles, como Ruiz Funes, Bernaldo de Quirós, Jiménez de Asúa, etc. La teoría, ya tenemos casi completa la teoría, pero hay que plasmarla en obras, sin ellas la teoría es cosa muerta.

Como vemos, su personalidad admite teoría —y de múltiples fuentes—, pero, sobre todo, práctica; su pensamiento lo dice todo, casi en una frase semejante a la pauliana: “la teoría sin obras es cosa muerta”.²⁶

Pero, al fin con sentido práctico, siempre está pisando el suelo de la realidad. Así, dice:

¿van a desaparecer las prisiones? Yo os respondo: las prisiones confinamiento de masas humanas, sí; las prisiones escuelas del vicio, sí; las prisiones centros de corrupción, sí; esas van a desaparecer [tampoco esto deja de tener idealismo]. Ellas serán sustituidas por penitenciarias industriales, por colonias agrícolas, por campos de trabajo; para los jóvenes, casas de orientación profesional y reformatorios; instituciones para enfermos mentales, todo ello discriminado por un gran centro de clasificación, y las reformas necesarias como consecuencia de estas investigaciones. Penalistas, psiquiatras y sociólogos muestran el camino y no hay otro: el estudio de la personalidad del delincuente. Yo puedo decir que puse en práctica la libertad bajo palabra por corto periodo y que no me falló ni un solo caso. Estas medidas, como tantas otras, son el más poderoso instrumento del tratamiento penal sabiendo aplicarlas.

²⁵ *Criminalia*, año XV, 1949, p. 98.

²⁶ *Ibidem*, pp. 98 y 99.

Victoria Kent

Y se extiende hablando así:

hemos de continuar con tesón nuestra lucha, la teoría no ha llegado aún a penetrar en las conciencias. Mientras no se inculque la responsabilidad a la familia, mientras no se multipliquen las escuelas, mientras no haya trabajo para los hombres y una seguridad en el mañana, mientras la sociedad no alcance el ritmo vital necesario a la condición humana y mientras no haya un movimiento de opinión que nos siga, podremos hacer leyes y reglamentos perfectos, pero tendremos a los tribunales reacios o indiferentes, al personal de prisiones hostil o ignorante. Es necesario que el personal de prisiones se reclute entre personas de una cierta cultura, se les pague bien y se les prepare para su misión auxiliar de los tribunales en la aplicación de la pena.

Victoria Kent, a pesar de su longevidad, no alcanzó a ver siquiera, por lo menos en Latinoamérica, la tierra prometida del penitenciarismo, por la que ella tanto luchó, primero en su país y luego a lo largo del mundo. Cabe decir, también, que paralelamente a sus mensajes penitenciarios dirigía su mensaje feminista, por eso en la conferencia —que hemos transcrito anteriormente— culmina su exposición con estas palabras: “Yo insisto, y perdonadme la insistencia, en que es indispensable un movimiento de opinión y este movimiento de opinión podéis, mujeres mexicanas, alentarlos, sostenerlos y encauzarlos. Vuestro interés por los problemas sociales, vuestra sensibilidad y vuestro amor a México son la garantía de esta labor. Lo haréis porque podéis hacerlo. Mujeres mexicanas, ustedes tienen la palabra”.²⁷ Nótese que la conferencia se pronunció frente a un grupo mayor de hombres que de mujeres, por más que estuviesen presentes las mexicanas destacadas de esa época.

Victoria Kent fue una auténtica convencida de sus dos ideales: el feminista y el penitenciario. Veamos cómo desde un inicio —15 años antes del discurso mencionado líneas arriba— se pronunciaba cuando recientemente había recibido la Dirección General de Prisiones:

He dicho y deseo repetirlo, que el problema clave de la reforma penitenciaria era: la depuración del personal penitenciario que regía las prisiones en aquellos tiempos, poniendo en marcha los procedimientos adecuados

para la capacitación del nuevo personal. Mi proyecto inmediato era seleccionar los buenos funcionarios y el cese de los que, careciendo de vocación, no cumplían con sus deberes. El gobierno había cambiado, don Fernando de los Ríos no era ya el Ministro de Justicia, habiendo sido sustituido por don Álvaro de Albornoz, uno de los dirigentes del Partido Radical Socialista al que yo pertenecía igualmente. Le presenté mi proyecto de reforma del cuerpo de prisiones. Proyecto que, en líneas generales, era éste: separación de aquellos funcionarios de conducta irregular, que ignoraban, además, los principios básicos del tratamiento a los detenidos. Estos funcionarios serían sustituidos en las grandes prisiones por aquellos reclusos que, a juicio del director, fueran de buena conducta y responsables de sus deberes. El Instituto de Estudios Penales estaba ya en marcha preparando nuevo personal. Mi propuesta asustó al señor Albornoz y la presentó al Consejo de Ministros. El Consejo la estimó audaz y no la aprobó, considerando que podía suscitar dificultades en varios sectores sociales [...]. Albornoz me comunicó el criterio de gobierno y presenté mi dimisión. Sentarme en el despacho a firmar órdenes y comunicados, no favorecía la continuación de mis proyectos y, de otro lado, no podía aceptar de buen grado mi temperamento, esa situación. No tengo noticias de que mis sucesores hayan introducido alguna reforma apreciable.²⁸

Como dice Rivera Beiras: “con ello se perdió no sólo una Directora General, sino la posibilidad de capacitar y de democratizar un cuerpo que, como el penitenciario, había venido adquiriendo vicios, corruptelas y prácticas autoritarias desde tiempo muy anterior a éste. La lógica propia de la institución carcelaria, pudo así, nuevamente triunfar frente a la racionalidad que pretendía cambios profundos en sus estructuras”. Y continúa:

por otra parte, el testimonio de Victoria Kent, sobre la pésima situación de las cárceles revela que los progresos alcanzados en las normas penitenciarias sancionadas durante las tres primeras décadas del siglo XX —tantas veces elogiadas por los penitenciaristas de aquella época y de la actualidad— no tuvieron traducción alguna en la vida cotidiana de las cárceles. Algunas de las medidas —adoptadas unas y proyectadas otras— que se han seña-

²⁷ *Ibidem*, p. 99.

²⁸ Rivera Beiras, *op. cit.*, pp. 92 y 93.

lado como características de la segunda República Española en el ámbito penitenciario, parecen, por primera vez, apuntar hacia rumbos que señalan direcciones distintas de las que hasta ahora se habían tomado:

- a) La negociación directa de Victoria Kent con los internos del Dueso,
- b) La instalación de buzones para que éstos puedan escribir a la Dirección General sin censura previa,
- c) Las visitas personales de la Directora General a muchas cárceles para hablar personalmente con los reclusos, o
- d) La idea de sustituir a una gran parte del funcionario por reclusos (para la gestión de los establecimientos),
- e) Tienen, todas ellas la misma base común.

Por primera vez se habla ahora directamente con los presos, se les escucha y se confía en su capacidad para organizar la vida cotidiana. Quien sabe hasta dónde habría podido llegarse por aquella dirección.

Los acontecimientos bélicos que suprimieron estas iniciativas y la dictadura que sucedió a la guerra civil, no permitieron conocer los resultados de aquellos planes.²⁹

Como si fueran las vidas paralelas de Plutarco, las penitenciarías de España y México se asemejan, con sus afinidades y diferencias. Sergio García Ramírez, 35 años más tarde, haría la reforma penitenciaria mexicana –iniciada en el Estado de México– en escasos dos años. En su balance y resumen sobre el propio Centro Penitenciario del Estado de México, de 1969, manifiesta:

Es posible resumir en los siguientes puntos aquellos aspectos sobresalientes del Centro Penitenciario que constituyen, en mayor o menor medida, rasgos positivos del reclusorio en cuestión y aun, en ciertos casos, genuinas aportaciones al penitenciarismo mexicano:

1. Estudio integral de la personalidad de los reclusos para fines prácticos de individualización penal y tratamiento penitenciario. Así se ha concretado, por vez primera, una recomendación constantemente formulada por los penalistas mexicanos.

2. Tratamiento efectivo de los internos –especialmente en orden a los sentenciados– desde los puntos de vista médico general, psiquiátrico, psicológico, laboral, pedagógico y social, en correspondencia con lo prescrito por el Artículo 18 de la Constitución Federal y por la Ley de Ejecución de Penas del Estado.
3. Establecimiento de un verdadero sistema penitenciario de carácter progresivo no clásico, sino fundado en el estudio de la personalidad y dividido en varios periodos, entre los que destacan, por su novedad para el país, los de observación y preliberación.
4. Desarrollo del régimen de preliberación a través de permisos de salida de fin de semana y permisos de salida diurna con reclusión nocturna de internos que próximamente obtendrán su libertad.
5. Construcción del primer establecimiento penal abierto, en sentido estricto, que funcionará en la República Mexicana.
6. Creación real de “grupos piloto de tratamiento”, experiencia única en México, que ha permitido la mejor individualización administrativa de la pena.
7. Constitución y funcionamiento constante –nuevamente, caso único en la República– del Consejo Técnico del reclusorio, integrado por los jefes de las diversas secciones, por otros funcionarios técnicos y por asesores ajenos al Centro Penitenciario, a fin de examinar, en sesiones de clínica criminológica; el tratamiento conveniente en casos individuales, dictaminar sobre remisión parcial de penas y sugerir directrices generales para la mejor operación del penal.
8. Selección técnica y adiestramiento intensivo y constante del personal de custodia, en forma tal que esta tarea carece de precedentes nacionales, especialmente en lo que hace a la selección.
9. Implantación de un régimen de clasificación sistemática de los reclusos, utilizando al máximo las posibilidades físicas del reclusorio, mediante el efectivo deslinde según los criterios de sexo, situación jurídica, antecedentes penales, inclinación delictiva, peligrosidad, conducta y edad.
10. Integración de expedientes tipo en nuestro país, con secciones jurídica, correccional, médico-psicológica, ocupacional, pedagógica, de trabajo social y preliberacional.

²⁹ *Ibidem*, p. 94.

Victoria Kent

11. Información precisa al recluso, atendiendo a lo recomendado por las Naciones Unidas y ordenado por la Ley, sobre la vida en la prisión y acerca de sus derechos y obligaciones, por medio del detallado instructivo que se le proporciona una vez que se ha dictado auto de formal prisión.
12. Implantación de un régimen de estricto derecho en relación con las faltas, las sanciones, los hechos meritorios y las medidas de estímulo, cuya naturaleza y circunstancias son del conocimiento de los reclusos, y desarrollo de un procedimiento para sanciones disciplinarias con respecto a los derechos de audiencia y defensa del interno.
13. Asignación de todos los internos sentenciados –proporción nunca antes alcanzada en México– a labores útiles, remuneradas y, en elevado número, formativas desde el ángulo de la educación laboral.
14. Incremento constante de salarios con base en la productividad del trabajador, lo que permite que día a día sea mayor el número de reclusos que se benefician con sueldos superiores al mínimo legal en la zona.
15. Control por su parte de la Administración del penal de todo lo relativo al trabajo de los reclusos: asignación de labores, adquisición de herramienta, maquinaria y materia prima, distribución del producto del trabajo, venta al exterior, etc. Ninguna unidad de trabajo se encuentra sujeta a concesión con particulares.
16. Canalización de la producción en forma principal –según aconsejan la ciencia y la práctica penitenciarias– hacia el consumo interno y el mercado oficial. En términos tanto absolutos como relativos es reducido el volumen de la producción que sale a los mercados libres.
17. Distribución de la remuneración que perciben los internos en las partidas correspondientes a sostenimiento del penal (infrecuente en México como renglón diverso de las utilidades), sostenimiento de la familia, creación de fondos de ahorro (que se deposita en cuenta individual bancaria, cuyos intereses se abonan a favor del recluso), reparación del daño (descuento que tampoco es frecuente en la realidad penitenciaria del país) y gastos menores del interno.
18. Capacitación técnica, tanto en renglones de tratamiento a reclusos como de incremento de la productividad, de los maestros y encargados de talleres, que en todo caso son personas libres con-
tratadas para el desempeño de estas funciones por el Gobierno del Estado.
19. Elaboración e implantación práctica de un programa educativo único en el país, para cuyo diseño se ha tomado particularmente en cuenta que los destinatarios de la educación tendiente a la readaptación social son delincuentes adultos, por lo que el programa que a ellos se destine no podría ser, en modo alguno, el mismo que se aplica a niños que cursan la enseñanza primaria. Por otra parte, campea la idea de que la educación no puede ni debe circunscribirse a la enseñanza académica elemental, razón por la cual, sin detrimento de la instrucción primaria y secundaria, se imparte educación que abarca los siguientes renglones: laboral, higiénico, físico, cívico, artístico, ético y social.
20. En el ámbito de la educación se han desarrollado otros planes y servicios de saliente importancia, tales como el funcionamiento constante de la biblioteca y la hemeroteca del reclusorio, el programa permanente de musicoterapia (como medida de terapia colectiva) y la aplicación de principios elementales de autogobierno de los internos en cuanto a espectáculos recreativos o artísticos y a prácticas deportivas.
21. Atención sistemática de los reclusos desde los aspectos médico general, odontológico, de especialidades y médico psiquiátrico, tanto en consulta externa como en internamiento en el Servicio México del Centro Penitenciario o, cuando resulta pertinente, en instituciones manicomiales para la reclusión de reos enfermos mentales. Todo lo anterior se conecta con el suministro de los medicamentos requeridos por las diversas especialidades con inclusión de los psicofármacos prescritos por el psiquiatra.
22. Creación de unidades para psicoterapia de grupo, tanto entre los miembros de los “grupos piloto” como entre reclusos sentenciados a largas condenas y mujeres; además de la terapia que aplican, en sus respectivos casos, el psiquiatra o los psicólogos para la atención y el control de problemas individuales.
23. Atención cuidadosa de la conservación y el fomento de las relaciones adecuadas del recluso con el exterior, a través de la Oficina de Trabajo Social y por medio del favorecimiento de visitas idóneas para la rehabilitación, modificación positiva y de vínculos familiares, ayuda efectiva a los dependientes de los

- reclusos y otras medidas de asistencia social y control, que en numerosos casos implican institucionalización de familiares de los internos.
24. Control reglamentario y escrupuloso de la visita familiar (extensible a compañeros y amigos convenientes) y de la visita íntima, por parte de la Oficina de Trabajo Social, donde se practican los estudios socioeconómicos y se expiden las credenciales correspondientes. Por lo que hace a la visita íntima, se ejerce sobre ésta un control muy cuidadoso (infrecuente o acaso inexistente en la práctica penitenciaria mexicana); jamás se concede sin llenar previamente requisitos sociales (matrimonio, o en su defecto, concubinato estable, nunca mera relación ocasional o ejercicio de la prostitución) y médicos (ausencia de enfermedades venéreas, principalmente comprobada en el Servicio Médico del Centro Penitenciario por lo que respecta a los internos y en los Centros de Salud por lo que toca a las visitantes).
 25. Destierro definitivo de cualquier situación de preeminencia, lucro o autoridad de unos internos con respecto a otros. En tal virtud, han quedado suprimidos los tradicionales y nefastos “mayores” de crujía o dormitorio, tan frecuentes en los reclusorios mexicanos, y se han eliminado los negocios de internos o de miembros del personal. La tienda del establecimiento, cuyo manejo es cuidadosamente contabilizado, cae bajo la Administración del penal. En este mismo orden de cosas, cabe señalar que no existen los anticientíficos lugares de “distinción”, donde no suele ser la readaptación social del recluso, sino su capacidad económica, el factor que para probarlos se toma en cuenta.
 26. Creación de un pabellón de tratamiento en segregación, en que recluye a internos con problemas agudos de personalidad. Han quedado totalmente abolidos en el Centro Penitenciario las tradicionales “celdas de castigo”, las mazmorras, los calabozos y, en general, los procedimientos de sanción basados en la tortura física o psíquica, que repugnan a la técnica más elemental. Es un hecho comprobado que muchos de los infractores de las normas reglamentarias internas requieren más bien asistencia psiquiátrica que corrección disciplinaria.
 27. Separación tajante de los detenidos (a quienes aún no se ha dictado auto de formal prisión o de soltura dentro del plazo constitucional de 72 horas) con respecto a los demás procesados, para evitar la promiscuidad carcelaria, que hace de la prisión, como reiteradas veces se ha señalado, un factor criminógeno.
 28. Incremento constante de la producción del Centro Penitenciario y, en consecuencia, del autofinanciamiento de sus unidades de trabajo, en forma tal que no sólo se obtiene progresivamente esta última y se remunera a los reclusos, sino también crecen paulatinamente, sin cesar, las utilidades netas, cuya reinversión ha permitido erigir nuevos talleres, adquirir maquinaria y equipo, construir el establecimiento abierto, introducir mejoras en las instalaciones del Centro Penitenciario, auspiciar al Patronato para Liberados y auxiliar a diversas cárceles distritales.
 29. Trabajo en estrecha coordinación con diversas dependencias e instituciones, públicas y privadas, estatales y federales, para el desarrollo de programas de asistencia o la obtención o prestación, en su caso, de servicios y asesoramiento técnico.
 30. Desarrollo de actividades docentes que benefician no sólo a miembros del personal del Centro Penitenciario, sino también a funcionarios de otras prisiones, y realización de trabajos de investigación de alto nivel científico, entre los que sobresalen los concernientes a antropología penitenciaria y genética, no llevados a cabo anteriormente en nuestro país.³⁰
- Por otra parte, y volviendo a nuestra biografiada –de quien tanto aprendimos los penitenciaristas mexicanos–, podemos decir que dentro del capítulo penitenciario, como es lógico, Victoria Kent puso especial énfasis en lo femenino. De esta suerte se quejaba de que los delitos cometidos por la mujer se habían considerado como una fracción de la delincuencia, y de poca importancia, sin peligrosidad alarmante, caracterizada por delitos menores y penas de corta duración. Agregaba que, como consecuencia, no se le había concedido a la delincuencia femenina la atención que requería, ni siquiera en el ámbito de las instalaciones. Todo esto lo fundamentaba en sus visitas a variadas regiones, especialmente a Hispanoamérica. Así, decía: “las cárceles de mujeres (en Hispanoamérica) son lugares miserables, abandonados y, en todo caso, inadecuados. Es impresionante el número de cárceles

³⁰ VV.AA., *El Centro Penitenciario del Estado de México*, Gobierno del Estado de México, Toluca, 1969, pp. 56-59.

Victoria Kent

de mujeres que existen sin reglamentación científica, sin tener ni siquiera una clasificación rudimentaria de delinquentes, sin servicios higiénicos adecuados, sin dirección moral”. Y más adelante mencionaba:

la delincuencia femenina ya no es escasa –desgraciadamente–, la delincuencia femenina aumenta a consecuencia de varios factores de la vida moderna y, desde hace 30 años [el artículo es de 1954], la delincuencia femenina es un problema. Estamos en el deber de gritar a los cuatro vientos que es urgente la habilitación de los recintos carcelarios femeninos adecuados, y con esto queremos decir modestos, pero higiénicos, sencillos, pero útiles a la finalidad pedagógica y reformadora; útiles a una clasificación elemental de edades y naturaleza de delitos. Y estamos en el deber de señalar también, que ningún tratamiento penitenciario inadecuado puede intentarse si no se dispone de un personal apto, preparado, técnico, para la función rehabilitadora que ha de ejercer.

A continuación, aludía a los elementos básicos que deben tener los establecimientos femeninos:

- Arquitectura adecuada (pabellones modestos que sirvan a la clasificación).
- Clasificación.
- Disciplina.
- Servicio de trabajadoras sociales.
- Relación con la familia (jóvenes o adultas).
- Educación (jóvenes y adultas).
- Trabajo (en el interior, y libre y vigilado en el exterior cuando sea posible).
- Uso de trajes individuales.
- Participación de grupos sociales.
- Ayuda postcarcelaria.

Y concluye:

opino que ningún país está en mejores condiciones que México para acometer la empresa, empresa que puede servir de estímulo a los otros países del continente. La nueva cárcel de mujeres de la ciudad está a punto de terminarse, lo que permite introducir las reformas materiales adecuadas. Por otro lado, desde hace cinco años se ha iniciado en su escuela de capacitación para personal de prisiones, la formación técnica del personal de esos establecimientos. Ambas determinaciones mues-

tran claramente la orientación penitenciaria del país, orientación que ha sido formada por el trabajo tenaz de divulgación de la reforma penal y penitenciaria de sus máximas autoridades en estas materias. Abrigamos, pues, la esperanza de que México marque, porque puede hacerlo, el camino de la reforma de los establecimientos penitenciarios femeninos en Hispanoamérica, tanto en su parte material como en el tratamiento especializado del que ha de salir la mujer delincuente transformada en mujer útil para la sociedad, para la familia y para ella misma.³¹

La pasión feminista y penitenciaria de nuestra recordada Victoria Kent hizo que en México se tuviera por primera vez en su historia una prisión femenina, dirigida por personal seleccionado y capacitado. Con ella colaboraron mujeres como Esther Chapa y María Lavalle Urbina, a quienes ya hemos mencionado y, después, quien sería su primera directora: María de Lourdes Ricaud, la cual se sostuvo en el cargo durante largos años.

Donde llegaba, sembraba; después de México dirigió sus pasos a Nueva York, donde fue reclamada por la Organización de las Naciones Unidas. En este lugar permaneció de 1951 a 1952, como ya hemos dicho. Sus actividades en la sección de defensa social para mejorar la situación de las cárceles y mujeres en todo el mundo, como dicen Antonio Beristain y José Luis de la Cuesta, dejaron honda huella en las Reglas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, que habrían de ver la luz hasta 1955, a raíz del Primer Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento al Delincuente, celebrado en Ginebra. En su largo camino publicó muchos artículos sobre las materias de su pasión personal: la feminista y la penitenciaria. Así sucede con los escritos aparecidos en *Tiempo de historia*, *Historia 16*, en España, y *Criminalia*, en México. También, publicó el libro del que hemos tomado muchos datos en torno de su vida y obra, titulado *Cuatro años de mi vida, 1940-1944*.

En el libro *Cárcel de mujeres*, multicitado en este artículo, se dice: “en 1953 creó, junto con Salvador de Madariaga, en Nueva York, la revista mensual *Ibérica*, que dirigió hasta diciembre de 1954, en la que colaboraron Tierno Galván, Dionisio Ridruejo, Raúl Modoro, Tuñón de Lara, Mario Suárez, etc. J. B. Alique, al respecto, manifiesta que “funda la revista

³¹ *Criminalia*, 1954, pp. 631 y 632.

Ibérica, que durante 22 años de publicación mensual ininterrumpida intenta informar de lo que realmente ocurre en España, poniendo sus páginas al servicio de los ideales de libertad y democracia y contra la brutal represión practicada por el franquismo”; a favor precisamente de dichos ideales, prometió dedicar su vida desde muy temprana edad aquella joven que, aparentemente antifeminista, consiguió ser la primera mujer letrada que informó ante un tribunal de justicia en el Estado español.³²

VI. Consideraciones finales

Si se nos preguntara –a la manera que Wilde increpó a Dios en “El príncipe feliz”– cuáles fueron las dos grandes causas por las que Victoria Kent luchó con mayor decisión y más profunda convicción y entrega, sin lugar a dudas podríamos contestar: la capacitación de la mujer para la integración social plena, y el mejoramiento de las prisiones. En tercer término quedaría su lucha social republicana. Empero, su espíritu y talento se extendió a otras latitudes: la defensa del pobre y el obrero, la contienda política socialista y la ayuda al ser humano en circunstancias difíciles. De todo ello hemos hablado en este breve bosquejo de su larga y nutrida vida. Ella, que fue una mujer sola, logró llenar su mundo –aun en los momentos más difíciles– de ideales bellos y acciones nobles, tendió la mano al niño, a la mujer, a los prisioneros, a los exiliados. Podríamos preguntar también: ¿acaso fue más mujer de acción que de intelecto? Para nosotros la respuesta es sí. Pero esto hasta su ingreso a Naciones Unidas, aunque nunca se puede abandonar en definitiva las direcciones que nos impone la vocación.

Desde luego, cabe decir: para hacer hay que pensar y para esto hay que hacer. El pensamiento que no se nutre en los actos de la vida es un conjunto de ideas muerto o agonizante, que padece quizá de oligofrenia. No cabe duda que Victoria Kent tuvo una sólida formación académica forjada por los mejores maestros de su tiempo en la dirección más intensa de los dos procesos culturales que fundamentan nuestra vida: el general y el especial. En el primero, con los nutrientes que le dio –vitamina y proteína– la Generación del 98, que después se afirmaría con la del 27. En el segundo –el jurídico–, como ya asentamos, por con-

ducto de los más lúcidos juristas de su tiempo, empujando por Constancio Bernaldo de Quirós, siguiendo con Jiménez de Asúa y culminando con Ruiz Funes (que tanto la quiso) y Jiménez Huerta. Todos ellos de formación sólida dentro de la vanguardia jurídico penal de su tiempo. Pero para ella, la acción dentro del litigio, en la tribuna, en el cumplimiento de los cargos encomendados: el penitenciario, el de auxilio infantil, el relativo a ayuda a los exiliados, fueron su plena realización. En su pensamiento no vemos nunca grandes entelequias jurídicas, dogmas insospechados o búsquedas filosóficas sin sentido. Siempre nos enfrentamos con sus inmensas soluciones prácticas. Hay más lirismo que dogmatismo en su obra. En su lenguaje claro, sin encrucijadas, ausente de pretensiones intelectuales, marca los caminos adonde debería conducirse la mujer para su liberación y capacitación social plena; los capítulos en los cuales se debería cimentar la reforma penitenciaria, los incisos de los que partirían las acciones que habría que tomar el gobierno para constituir las escuelas de personal de formación penitenciaria –como sucedió en España con Jiménez de Asúa, y en México en la Escuela de Jurisprudencia, y luego en su proyección al mundo entero, por conducto de la Organización de las Naciones Unidas–.

Esto no quiere decir, reiteramos, que fuera ajena a dogma y a doctrina penales. Con frecuencia, cita con facilidad a Mezger, a Ihering, a Pellegrini, a Lombroso, a Ferri y a tantos otros, familiarmente. Su verdad la externó en actos concretos, firmes –todos profundamente llenos de humanitarismo–, no en la elaboración de teorías inscritas en libros enjundiosos. Es más, bien visto, escribió lo estrictamente necesario para fundamentar la acción. Nunca fue más allá: su pluma es de la exhortación, la protesta y la crítica. Sin temor a herirla, podríamos decir que escribió casi oficialmente, es decir, como debiera ser la burocracia auténtica: deseosa de servir al ser humano y a la sociedad en general. Así lo revelan, como hemos visto, sus artículos, su libro, sus informes. Como ella misma dice, siempre gritaba a los cuatro vientos, con una energía no usual, con el ánimo de ser escuchada y seguida. Su libro más destacado –que no deja de ser pequeño aunque a ratos profundamente inspirado–, *Cuatro años de mi vida*, y que es una especie de

³² Alique, J.B., p. 190.

Victoria Kent

diario, no es otra cosa que una catarsis para aliviar la soledad del destierro y el terror que produce la persecución: una purga literaria creada por estar solo con uno mismo (lo que ya es mucho). Esto nos dice que ella nunca perdió piso, que siempre fue un árbol bien plantado, que supo conservar la vertical incluso en los momentos más difíciles y oscuros de su vida. De ella pudiéramos decir también que fue una mujer enajenada: vivió más para los otros que para sí misma. No obstante, su vida sentimental se nos escapa: ¿acaso la tuvo? La percibimos como la describen quienes la conocieron aquí en México: figura menuda, vestida siempre con su estilo sastre de colores severos y una blusa semejante a camisa masculina, ausente de joyas, rostro al natural sin maquillaje, enmarcado por una cabellera abundante, pero el corte era casi el masculino de aquellos tiempos, aunque siempre en impecable pulcritud. Su paso, firme y decidido, amable y amigable. Esta imagen tiene una explicación a nuestro modo de ver: quiso que la mujer fuera igual que el hombre —quizá a la manera de Virginia Woolf—, cuando anhelaba que las mujeres hubieran tenido, siquiera, una habitación igual que los hermanos para poder escribir, en lo intelectual, en los derechos, en la capacidad de decisión, en la cultura y en la profesión. Evitar que la mujer fuera marginada, sojuzgada, aniquilada. Su humanismo la llevó —dentro de su especial feminismo— a construir hasta en la imagen de la mujer a un ser semejante al varón, pero sin dejar su propia esencia: equilibrada, con emoción controlada y actitud firme.

No hemos podido encontrar, para profundizar en el ámbito psicológico de Victoria Kent, datos sobre sus relaciones familiares con el padre o la madre (esto es materia de otra investigación), sobre cómo influyeron sus progenitores en el desarrollo de su personalidad: el Kent y el Siano —porque su nombre verdadero es Victoria Kent y Siano—. El temperamento híbrido inglés y español, malagueño, ¿hasta dónde influyó en su ser y en sus actitudes?

Otra duda que se nos plantea es: ¿por qué cuando tuvo la oportunidad de volver a su amada patria no lo hizo? Prefirió quedarse —después de un breve, añorado y emocionado retorno a la España posfranquista— a vivir en Nueva York. ¿Fue porque para entonces era ya una mujer universal? Lo más inglés de lo norteamericano es lo neoyorquino, lo yanqui y lo bostoniano. No permaneció en París —por más que su estancia en ese lugar fuese azarosa—; no echó raíces en México, como

lo hicieron muchos republicanos, de cuya estancia y huella nos sentimos orgullosos y agradecidos quienes tratamos con ellos; no regresó a España, a pesar de que fue de los privilegiados españoles que vieron caer a Franco. Podríamos decir que se conformó con morir en Nueva York, en “Nuevo Kent”. A veces las raíces formativas que nos dejan nuestros padres, los comentarios hechos en los acercamientos de fogón, sobremesa y caminata, o las acotaciones de la vida en familia, provocados por las anécdotas cotidianas, nos imprimen para siempre una nostalgia del futuro, y tal vez esta pudiera ser una explicación. Caben tantas: ¿lo emocional reciente?, ¿la libertad oprimida?, ¿la selección autista?, ¿qué podemos saber? Pero todo esto no merma, sino que aumenta la figura femenina de Victoria Kent, que rompió con su época, se adelantó a su tiempo, se esforzó por hacer una humanidad más accesible donde la mujer no fuera un objeto —de placer, de lujo, una mera mercancía—, sino un ser humano pleno dentro del capítulo de sus bondades, que no de sus defectos. A ella la podemos incluir dentro del regalo intenso e inmenso, valioso y trascendente que nos dio España, por conducto de la Segunda República, “quizá como una compensación generosa” a lo que “nos quitó” durante la Conquista y el Virreinato.

Pudiéramos concluir, porque cabe plenamente, con los versos de San Juan de la Cruz:

Mil gracias derramando
Pasó por estos sotos
Con presura
Y yéndolos mirando
Con sólo su figura
Vestidos los dejó
De su hermosura.

Bibliografía

- Beristain, Antonio y De la Cuesta, José Luis, *Cárcel de mujeres*, Ediciones Mensajero, Bilbao, 1989.
 Fraile, Pedro, *Un espacio para castigar. La cárcel y la ciencia penitenciaria en España (siglos XVIII y XIX)*, Serbal, Barcelona, 1987.
 Rivera Beiras, Iñaki, *La cárcel en el Sistema Penal. Un análisis estructural*, Bosch, Barcelona, 1996.
 Kent, Victoria, *Cuatro años de mi vida. 1940-1944*, Bruguera, Barcelona, 1978.
 ———, “Resumen de la Conferencia pronunciada en la Academia Mexicana de Ciencias Penales, la

tarde del 14 de enero de 1949 (tema: Prisiones de hoy y prisiones de mañana”, *Criminalia*, núm. 1, enero de 1949.

———, “Un reformatorio de mujeres de Framingham (USA)”, *Criminalia*, núm. VII, año XVIII, julio de 1952.

———, “Sobre el tratamiento penitenciario femenino”, *Criminalia*, núm. XI año XX, noviembre de 1954.

VV.AA., *El Centro Penitenciario del Estado de México*, Gobierno del Estado de México, Toluca, 1969.

Comunicaciones e investigaciones

Archivo General de la Nación.

Conversación con el Dr. Ricardo Franco Guzmán. Internet.

Documentos

Tarjeta de identificación expedida por el Servicio de Migración en México, D.F., núm. 270854, de 9 de marzo de 1951.



Comercialización de vieiras* contaminadas: algunos aspectos esenciales del fraude alimentario



Javier de Vicente Remesal
Marta García Mosquera

Universidad de Vigo
Universidad de Vigo

RESUMEN: Este artículo analiza la salud pública como bien jurídico tutelado y más concretamente el delito de fraude alimentario nocivo, en particular cuando se comercializan mariscos que contienen biotoxinas marinas peligrosas para la salud humana.

PALABRAS CLAVE: Fraude alimentario, salud pública, delitos de peligro.

ABSTRACT: This paper analyzes the public health as a right upheld by law and specifically the harmful food fraud. It makes a review of situations when people market seafood that contains marine biotoxines harmful for human health.

KEY WORDS: Food fraud, public health, public order offense.

SUMARIO: I. Introducción. Contextualización de los supuestos de comercialización de vieiras contaminadas. La toxina ASP. II. La salud pública como bien jurídico protegido en el delito de fraude alimentario nocivo. III. El delito del art. 363 CP y la exigencia de peligro abstracto o concreto. IV. El tipo subjetivo: consideraciones generales. V. El dolo y la imprudencia en los delitos de peligro abstracto. VI. El dolo y la imprudencia en los delitos de peligro concreto. VII. Conclusión.

Rec: 17-11-2014 | Fav: 04-06-2015

* La 'vieira', o concha del peregrino (*Pecten jacobaeus* o *Pecten maximus*), es un molusco lamelibranquio con dos valvas de concha, una plana y otra convexa, en forma de abanico abierto.

I. Introducción. Contextualización de los supuestos de comercialización de vieiras contaminadas. La toxina ASP

El presente trabajo pretende profundizar en algunos aspectos esenciales del llamado *delito de fraude alimentario nocivo* a partir de una serie de casos ocurridos en Galicia, España, relativos a la comercialización de vieiras con presencia de biotoxinas marinas potencialmente peligrosas para la salud.

En el escaso número de sentencias dictadas sobre delitos de fraude alimentario es apreciable –como observa Doval Pais– un sesgo de la jurisprudencia, pues la mayoría de las resoluciones dictadas en este ámbito se refieren a casos de administración de sustancias prohibidas al ganado vacuno para su engorde artificial. Ello puede explicarse, según este autor, por la acentuación de los mecanismos de control sanitario sobre este concreto sector de actividad a raíz de las crisis alimentarias que han obligado a extremar las medidas de vigilancia, ocasionando una presión desigual en el control de los mercados.¹

Algo similar parece haber ocurrido (si bien a nivel local, como luego se explicará) en relación con las sentencias que han servido de base para el presente estudio y en las que se castiga por delito alimentario la comercialización de vieiras con presencia de biotoxinas marinas eludiendo los procedimientos administrativos de control.

Todas ellas emanan de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sin que consten en el resto del territorio nacional otros pronunciamientos condenatorios por delito contra la salud pública por hechos de esta naturaleza.²

El tamaño de la muestra de resoluciones estudiadas (un total de 10, de las cuales ocho son condenatorias) puede considerarse escaso o muy reducido en

términos absolutos, pero si se observa que las resoluciones se refieren a hechos ocurridos todos ellos en la Ría de Arousa (y en ninguna otra de las rías gallegas) y comprendidos temporalmente entre marzo de 2002 y agosto de 2005, habrá que concluir que la frecuencia relativa de condenas no resulta en modo alguno exigua ni insignificante. Se evidencia así que se trata de un fenómeno local y temporalmente determinado, pues no se encuentran sentencias similares con anterioridad a 2002.

A poco que se indague sobre la cuestión, todo apunta a que en este proceso ha tenido una influencia decisiva el desarrollo de la normativa administrativa –también europea y estatal, pero fundamentalmente autonómica– dedicada a regular la extracción y comercialización de moluscos bivalvos en general, y de la vieira en particular, en el marco del control de biotoxinas marinas en organismos procedentes de la pesca, el marisqueo y la acuicultura.

Se hace así aconsejable una breve exposición de la normativa surgida en este ámbito en las últimas décadas –al compás de los avances científicos– para entender el contexto en que se producen los hechos que han derivado en condenas penales. De la profusa reglamentación referida a muy variados aspectos de la seguridad alimentaria, señalaremos únicamente los instrumentos normativos que tienen incidencia directa en el producto de la vieira (pues, como se verá, presenta características específicas).

Primeramente, la Directiva 91/492/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas fijó las normas sanitarias aplicables a la producción y puesta en el mercado de moluscos bivalvos vivos, estableciendo ya niveles máximos de presencia de las toxinas PSP (*paralytic shellfish poison*)³ y DSP (*diarrhetic shellfish poison*)⁴ en los moluscos destinados al consumo. En consonancia con la anterior Directiva, el Decreto

¹ Doval Pais, A., “Problemas aplicativos de los delitos de fraude alimentario nocivo. Especial referencia al umbral de peligro típico en la modalidad de administración de sustancias no permitidas a animales de abasto”, en Boix Reig, J. y Bernardi, A. (codirs.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, 2005, p. 350; el mismo, “Fraudes alimentarios”, en García Rivas, N. (coord.), *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*, 2005, pp. 256 y ss.

² Las sentencias que han servido de base al presente estudio son: SSAP Pontevedra 46/2004, de 30 de junio; 62/2004, de 21 de julio; 93/2005, de 17 de junio; 115/2005, de 9 de septiembre; 18/2006, de 16 de febrero; 102/2006, de 13 de septiembre; 76/2007, de 25 de mayo; 79/2007, de 19 de junio; 24/2008, de 7 de febrero, y 30/2008, de 8 de febrero.

³ Para esta toxina PSP (o toxina paralizante de los moluscos), el Capítulo V del Anexo de la Directiva 91/492/CEE establecía que: “El porcentaje de ‘*paralytic shellfish poison*’ (PSP) en las partes comestibles de los moluscos (el cuerpo entero o toda la parte consumible separada) no deberá sobrepasar los 80 microgramos por 100 gramos, según el método de análisis biológico”.

⁴ Respecto de la toxina DSP (o toxina diarreaica de los moluscos), el Capítulo V del Anexo de la Directiva 91/492/CEE establecía que: “Los métodos habituales de análisis biológico no deben dar reacción positiva respecto de la presencia de ‘*diarrhetic shellfish poison*’ (DSP) en las partes comestibles de los moluscos (cuerpo entero o cualquier parte consumible por separado)”.

116/1995, de 31 de marzo, de la Xunta de Galicia,⁵ estableció las mismas cantidades máximas autorizadas de aquellas toxinas, regulándose poco después en una Orden de la Consellería de Pesca, Marisqueo y Acuicultura, de 14 de noviembre de 1995, el programa de actuaciones para el control de biotoxinas marinas en moluscos bivalvos y otros organismos procedentes de la pesca, el marisqueo y la acuicultura. En esta Orden se incluían ya distintos planes de actuación de control y prohibiciones de extracción según niveles y zonas de toxicidad detectadas.

Pero no es sino hasta 1997 cuando se tiene conocimiento de la aparición de una nueva toxina marina, denominada “*amnesic shellfish poison*”⁶ (ASP), también conocida como “toxina amnésica de los moluscos”, causante de desórdenes gastrointestinales y problemas neurológicos. El 14 de marzo de 1997, la Xunta de Galicia aprueba el Decreto 98/1997, de modificación del Decreto 116/1995, dando cuenta de la aparición de esta nueva toxina y estableciendo que el contenido de ASP en las partes comestibles de los moluscos (el cuerpo entero o cualquier parte comestible por separado) no debe sobrepasar los 20 microgramos de ácido domoico (AD) por gramo según el procedimiento de análisis HPLC.⁷

Curiosamente, es unos meses más tarde (el 20 de octubre de 1997) cuando el Consejo de las Comunidades Europeas aprueba la Directiva 97/61/CE,⁸ la cual, considerando que los últimos conocimientos científicos han puesto de manifiesto la aparición de una nueva toxina marina denominada “*amnesic shellfish poison*” (ASP), en las zonas de producción de moluscos bivalvos y que ésta puede constituir un riesgo para la salud de los consumidores, establece que

el contenido de ASP en las partes comestibles de los moluscos (el cuerpo entero o cualquier parte consumible por separado) no deberá sobrepasar los 20 microgramos de AD por gramo según el procedimiento de análisis HPLC.

A nivel estatal español, la transposición de la anterior Directiva tuvo lugar con la aprobación del Real Decreto 571/1999, de 9 de abril,⁹ que estableció idénticos niveles de toxicidad permitidos de ASP que los previstos en las normas gallega y europea anteriores.

El establecimiento de estos estrictos límites legales sobre los niveles de toxicidad ASP permitidos, determinó que desde el año 1995 estuviese prohibida de manera ininterrumpida la extracción de vieira en la mayoría de las zonas de producción de Galicia. La toxicidad tipo ASP tiene una incidencia especialmente relevante en la vieira, pues el proceso de intoxicación es rápido y el proceso de eliminación de la toxina es extremadamente lento¹⁰ en comparación con otros moluscos, amén de que la presencia casi continua de poblaciones de fitoplancton productoras de toxicidad tipo ASP en las aguas gallegas impide que el nivel de toxicidad descienda por debajo del límite legalmente admisible.

Así las cosas, y teniendo en cuenta el fuerte impacto que esta situación generaba sobre un sector de especial importancia socioeconómica en muchos puertos de Galicia, el gobierno gallego, por medio de la Consellería de la Presidencia, Relaciones Institucionales y Administración Pública, dictó la Orden de 15 de enero de 2002, por la que se regula la extracción y comercialización de vieira (*Pecten maximus*). Según se recoge en el preámbulo de esta disposición, la existencia de evidencias científicas pone de manifiesto que,

⁵ Derogado posteriormente por el Decreto 28/2005, de 28 de enero, de la Xunta de Galicia, por el que se regula el control de las biotoxinas en moluscos bivalvos y otros organismos procedentes de la pesca, el marisqueo y la acuicultura. Este Decreto lleva a cabo una actualización y refundición de la normativa vigente.

⁶ En realidad, la intoxicación amnésica por mariscos (ASP), conocida también como intoxicación por ácido domoico, fue reconocida por primera vez en 1987 en la Isla Príncipe Eduardo, en Canadá. En ese momento, como consecuencia de la ingesta de cholgas, la ASP causó tres muertes y 105 casos de intoxicación aguda en seres humanos. Los síntomas eran calambres abdominales, vómitos, desorientación y pérdida de memoria (amnesia). Cfr. más ampliamente, FAO, “Biotoxinas marinas. Estudio FAO: Alimentación y Nutrición”, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, 2005, pp. 97 y ss.

⁷ Las siglas HPLC corresponden a “*high performance liquid chromatography*” (cromatografía líquida de alta resolución o alta eficacia).

⁸ Esta Directiva 97/61/CE modifica la anterior Directiva 91/492/CEE. Actualmente la Directiva está derogada y su campo de aplicación cubierto por el Reglamento CE nº 853/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por el que se establecen normas específicas de higiene de los alimentos de origen animal.

⁹ Derogado por la Disp. Derog. Única ñ, del RD 640/2006, de 26 de mayo, en congruencia con la reestructuración y actualización de la normativa, llevada a cabo por el Parlamento Europeo y el Consejo, mediante la adopción de nuevos reglamentos y directivas (particularmente, para lo que aquí interesa, por la aprobación del Reglamento CE 853/2004, de 29 de abril).

¹⁰ Blanco, J. *et al.*, “Depuration and anatomical distribution of the amnesic shellfish poison (ASP) toxin domoic acid in the king scallop *Pecten maximus*”, *Aquatic Toxicology*, 60, 2002, pp. 111-121; Blanco, J. *et al.*, “Depuration of domoic acid from different body compartments of the king scallop *Pecten maximus* grown in raft culture and natural bed”, *Aquatic Living Resources*, 19, 2006, pp. 257-265.

Comercialización de vieiras contaminadas

en la vieira, el AD se concentra preferentemente en el hepatopáncreas, de tal manera que las concentraciones de AD entre 20 y 250 microgramos por gramo en cuerpo entero se corresponden, en determinadas condiciones, con concentraciones de AD por debajo de 20 microgramos por gramo en el músculo aductor y/o las gónadas. En atención a ello, la citada Orden permite la extracción de vieira con niveles de toxicidad de ASP en cuerpo entero superiores a 20 microgramos por gramo (siempre que no superen los 250 microgramos por gramo) y regula un proceso controlado de evisceración, tras el cual se conseguiría reducir tales niveles a límites legalmente adecuados, antes de poner el producto (eviscerado) en el mercado.

Se modifican así las condiciones de autorización de extracción de vieira, en función de las circunstancias, subdividiéndose en tres niveles:

1º Cuando, en función de los controles periódicos, la concentración de AD en cuerpo entero sea inferior a 20 microgramos por gramo (algo que generalmente no ocurre), se autorizará la extracción para su comercialización directa.

2º Cuando la concentración de AD supere los 20 microgramos por gramo pero no exceda de 250, y simultáneamente la concentración de AD sea inferior a 4.6 en las partes destinadas al consumo humano (músculo y gónada) analizadas por separado, se podrá autorizar la extracción controlada, bajo supervisión del Servicio de Protección de Recursos. La vieira en tales casos sólo podrá ser comercializada tras un proceso de eviscerado que elimine el hepatopáncreas, branquias y otros tejidos blandos diferentes del músculo aductor y la gónada, que serán las únicas partes susceptibles de ser puestas en el mercado. A su vez, el proceso de saneamiento sólo podrá ser realizado por plantas de eviscerado previamente autorizadas por la Xunta.

3º Cuando la concentración de AD en cuerpo entero sea superior a 250 microgramos por gramo, se prohibirá la extracción de vieira.

Dos meses después de la Orden de la Xunta (en concreto, el 15 de marzo de 2002) la Comisión de las Comunidades Europeas adopta la Decisión 2002/226/CE en virtud de la cual los Estados miembros podrán autorizar la recolección de moluscos bivalvos de las especies *Pecten maximus* y *Pecten jacobaeus* con una concentración de AD en el cuerpo entero superior a 20 mg/kg e inferior a 250 mg/kg, siempre que se cumplan determinados requisitos (condiciones especiales de recolección, transporte y preparación del molusco que incluya ablación del hepatopáncreas, los tejidos blandos o cualquier otra parte contaminada).

En todo caso, la orden autonómica entra en vigor el 18 de enero 2002, y es el 14 de marzo de ese año cuando tienen lugar los hechos por los que se formula la primera acusación por delito contra la salud pública (en este primer caso, con resultado absolutorio).

No puede dejar de señalarse que el sistema de vigilancia y control de toxicidad de los moluscos se actualiza continuamente –para algunas especies casi diariamente, según las zonas– y que todos los episodios a los que ha seguido acusación (y en muchos casos, condena) han tenido lugar en la Ría de Arousa, siendo ésta precisamente una ría que periódicamente se abre a la extracción controlada,¹¹ a diferencia de las restantes zonas marítimas gallegas en las que existe una prohibición absoluta de extracción (por los elevadísimos niveles de toxicidad), lo cual puede tener relevancia tanto en la determinación del peligro real¹² como en el desvalor subjetivo del hecho por posible error de tipo en el agente ante el desconocimiento del carácter peligroso del hecho.

Y resulta significativo que la mayoría de las sentencias condenatorias, cuando dan cuenta del nivel

¹¹ Así, por ejemplo, en el año 2009, la Resolución 1/2009, del 2 de enero, del Instituto Tecnológico para el Control del Medio Mariño de Galicia, resuelve levantar el cierre para evisceración de vieira según la Orden de 15/01/2002, en la Ría de Arousa, Zona III, subzona 2; y la Resolución 2/2009, del 27 de enero, resuelve levantar el cierre, para evisceración de vieira según la Orden de 15/01/2002, en la Ría de Arousa, Zona II. Asimismo, según consta en los Informes de Estado de Biotoxinas en Moluscos Pectinidos del Instituto Tecnológico para el Control del Medio Mariño de Galicia, de fechas 01/05/2009 (Informe nº SP000004/09) y 22/10/2009 (Informe nº SP000005/09), mientras las restantes Rías gallegas permanecen en situación administrativa de cierre para extracción de vieira, las zonas I, II, III.1, III.2 y IV de la Ría de Arousa contemplan una excepción de cierre, estando en ellas permitida la extracción de vieira, si bien exclusivamente para evisceración según la Orden de la Xunta de 15/02/2002. Llama la atención que en los hechos probados de la SAP Pontevedra 46/2004, de 30 junio, se dice expresamente que “En la fecha de los hechos, la Ría de Arousa, salvo en al zona I, estaba aperturada para la extracción de vieira para evisceración, siguiendo determinados controles y cauces administrativos. No consta que la vieira incautada procediera de la referida Zona I de la Ría de Arousa”. Ello, sin embargo, no fue óbice para el fallo condenatorio, constatada la presencia de toxina ASP en la cantidad de 81.9 microgramos por gramo de AD.

¹² Pues es más que probable que, en esa zona, los niveles de toxicidad puedan ser reducidos a límites asumibles tras la evisceración del molusco.



de toxicidad apreciado en las vieiras incautadas, no refieren si tales niveles han sido apreciados en cuerpo entero de la vieira o en las partes potencialmente comercializables tras evisceración. Las dos únicas resoluciones que excepcionalmente sí recogen este extremo, se refieren a toxicidad a cuerpo entero.¹³

Ciertamente, en todos los casos que han llegado a la jurisprudencia, las vieiras extraídas del mar superaban los niveles de toxicidad permitida para el consumo humano, que es de 20 microgramos por gramo. Pero si en el momento de la captura la situación administrativa era de apertura para la extracción controlada, ello significa que los valores promedio de toxicidad del producto en la zona superaban los 20 microgramos por gramo (sin exceder de 250), pues si estuvieran por debajo de dicho límite estaría autorizada la extracción para su comercialización directa.¹⁴ Ello quiere decir que los índices de toxicidad apreciados en las vieiras ilegalmente capturadas habrían de ser similares a los existentes en los ejemplares de molusco legalmente extraídos para su posterior evisceración controlada y puesta en el mercado. Por tanto, en el momento de la incautación, el producto no resulta ser más peligroso que aquel otro que seguirá los cauces legales para su saneamiento. En consecuencia, aun cuando la jurisprudencia insiste en este extremo para fundamentar las condenas —y además por delito consumado en prácticamente todos los casos—, no es en la toxicidad original del molusco donde reside el peligro para la salud de los consumidores, sino, en su caso, en el mantenimiento de tales niveles tóxicos cuando el producto sea inmediatamente dispuesto para su consumo (o ingerido por el consumidor).

Presumir que ello será así por el mero hecho de eludir los procedimientos administrativos de extracción y evisceración controlada resulta ser una mera sospecha. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

II. La salud pública como bien jurídico protegido en el delito de fraude alimentario nocivo

Como es sabido, los esfuerzos doctrinales encaminados a definir la “salud pública” como bien jurídico penal han dado lugar a posicionamientos dispares que no pretendemos ahora reproducir, sino en lo esencial, para poner de manifiesto nuestra postura al respecto y, sobre ella, aportar algunas consideraciones sobre la determinación del bien jurídico protegido en el delito de fraude alimentario nocivo.

Un sector doctrinal (que puede considerarse minoritario) defiende que la salud pública debe identificarse con la salud individual, no siendo posible reconocer en los delitos del Capítulo III del Título XVII, Libro II, del CP un objeto de protección distinto a la salud de las personas como bien jurídico individual.¹⁵ A esta interpretación suele objetarse su complicada armonización con los tipos penales que ya directamente se orientan a la protección de bienes jurídicos individuales (particularmente homicidio y lesiones) y, por otro lado, el desconocimiento o negación de la dimensión supraindividual que cabría predicar de la salud pública como conjunto de condiciones que garantizan y fomentan la salud de todos.

En su lugar, y como opinión más extendida, se sostiene que la salud pública es un bien jurídico supraindividual o colectivo con existencia autónoma. Las formulaciones que se aportan en este sentido apuntan a la preservación del conjunto de condiciones que posibilitan y fomentan la salud, lo cual comporta, sin embargo, el riesgo de derivar en un concepto excesivamente formal del bien jurídico ceñido a los estándares de calidad o seguridad de los productos.¹⁶ Así concebido, el bien jurídico resultaría deficitario en su función delimitadora respecto de las meras infracciones administrativas por no incorporar referen-

¹³ SAP Pontevedra 102/2006, de 13 septiembre (FJ 2): “es evidente que las vieiras incautadas superaban a *cuerpo entero* la toxicidad permitida; que los análisis constataron la presencia de toxina neurotóxica ASP en la cantidad de 32.3 microgramos de ácido domoico por gramo y que como se dijo esa cantidad excede de la permitida para el consumo humano, de 20 microgramos por gramo”. SAP Pontevedra 79/2007, de 19 de junio (FJ 2): “Acreditado que las vieiras incautadas superaban a *cuerpo entero* la toxicidad permitida, ya que los análisis constataron la presencia de toxina neurotóxica ASP en la cantidad de 49.2 microgramos de ácido domoico por gramo y que como se dice en la sentencia apelada esa cantidad excede de la permitida para el consumo humano, de 20 microgramos por gramo”.

¹⁴ Un indicio de que efectivamente las capturas ilegales pudieron haberlo sido en periodos de extracción controlada, es que absolutamente en todos casos de la jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra los niveles de toxicidad de las vieiras incautadas se encontraban en la franja entre 20 y 250 microgramos de AD por gramo, sin superarla en ninguno de los casos.

¹⁵ De esta opinión Doval Pais, A., *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*, 1996, pp. 239 y ss., para quien la protección de la salud pública únicamente refiere una concreta estructura típica de protección (frente a la situación de peligro) de la salud individual, si bien, debido a la anticipación de la tutela, el sujeto pasivo de la acción resulta ser plural e indeterminado. Coincide con esta opinión Soto Navarro, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, 2003, p. 200 y ss.

¹⁶ Cfr. más ampliamente, Doval Pais, A., *Delitos de fraude alimentario*, 1996, pp. 200 y ss.

Comercialización de vieiras contaminadas

cias precisas de lesividad, con merma de la garantía limitadora de la intervención penal. La necesidad de esas referencias dimana, por ejemplo, del respeto al principio (orientador y limitador del *ius puniendi*) de ofensividad o de protección exclusivamente de bienes jurídicos, que requiere delitos como mínimo de peligro abstracto, con un mínimo de peligrosidad real de la conducta, siendo insuficiente el ilícito formal —la mera desobediencia a la ley—, lo cual diferencia no sólo cuantitativamente, sino también cualitativamente, el ilícito penal del ilícito administrativo.¹⁷

Es por ello que la mayoría de las construcciones referidas a la salud pública como bien supraindividual autónomo incorporan una conexión interna con el bien jurídico salud individual, de suerte que la fundamentación de la salud pública como bien jurídico supraindividual descansaría en su instrumentalización para la salvaguardia de la salud individual.¹⁸

Se sostiene que las amenazas que acechan a la salud individual en la sociedad tecnológica actual no pueden ser adecuadamente conjuradas con los tradicionales delitos orientados a la protección de intereses individuales, por lo que se hace necesario el reconocimiento de bienes jurídicos colectivos que garanticen el mantenimiento de la seguridad de las personas frente a supuestos especialmente graves para el desarrollo del individuo en la vida social.¹⁹

En nuestra opinión resulta acertada la denominada teoría monista personalista, que, en relación con la fundamentación de bienes jurídicos colectivos, sostiene que sólo puede ser titular de bienes jurídico-penales el individuo (singular o colectivamente considerado) en función del cual se instrumentan los bienes supraindividuales. Los bienes jurídicos universales sólo tienen fundamento en la medida en que se corresponden con los intereses del individuo, asegurando las posibilidades vitales del hombre. Bienes como la salud pública, la ecología o la fe pública se tutelan no en cuanto bienes jurídicos colectivos o su-

praindividuales, sino precisamente en cuanto que tienen como substrato la protección de los individuos.²⁰

La peligrosidad o probabilidad de lesión de los delitos contra la salud pública hay que proyectarla sobre el bien jurídico salud individual, lo cual no quiere decir que se esté protegiendo la salud de determinadas y concretas personas, sino que se protege a toda la sociedad en su conjunto.²¹ La afirmación o negación del peligro para la salud pública se basa necesariamente en la potencialidad de lesión de la salud individual, pero no de un “otro” en particular (pues para eso están ya otros tipos penales), sino de un ente plural e indeterminado, de “todos los otros” en conjunto. En el delito de resultado de lesión —el que matare a “otro”—, el empleo de una dosis comprobada como insuficiente *a posteriori*, porque el sujeto tenía una salud de hierro, da lugar a un delito de homicidio en grado de tentativa (afirmación de la peligrosidad *ex ante*); si se trata de un diferente “otro”, con precaria salud y bajas defensas, y la misma dosis por ese motivo le causa la muerte, el delito de homicidio es consumado porque (y siempre que) la peligrosidad *ex ante* resulta confirmada por un resultado objetivamente imputable. Sin embargo, en los delitos de peligro se protege la salud pública de todos los sujetos de forma indeterminada, donde entrarían por igual todas las personas, con independencia de su mayor o menor tolerancia o resistencia al factor de riesgo.²²

Ésta es, en nuestra opinión, la manera correcta de caracterizar la salud pública como objeto de protección, aunque —como se ve— de ello no se deriva necesariamente la atribución del carácter autónomo de la salud pública como bien jurídico esencialmente distinto a la salud individual, sino, a lo sumo, una correcta interpretación de la innegable dimensión colectiva de aquélla en comparación con la tutela individual de la salud.

Creemos, por tanto, que no existe inconveniente en seguir sosteniendo la referencia a la salud públi-

¹⁷ En este sentido, Luzón Peña, D.M., “Posibles reformas de los delitos de circulación”, en Cano Campos, Carbonell Mateu, De Llera Suárez Bárcena, Luzón Peña y Martínez Arrieta, *Derecho penal y seguridad vial*, 2007, p. 32.

¹⁸ De esta opinión, Pérez Álvarez, F., “La regulación del delito alimentario nocivo en el proyecto de Código Penal de 1992”, *ADPCP*, t. XLVI, fasc. III, 1993, p. 1071; Sánchez Martínez, F., *El delito farmacológico*, 1995, p. 70.

¹⁹ En este sentido, Corcoy Bidasolo, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, 1999, p. 28.

²⁰ Así, expresamente, Santana Vega, D.Mª, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, 2000, pp. 89 y ss.

²¹ Roso Cañadillas, R., “Comentario al art. 359”, en Cobo del Rosal, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal, Segunda época*, t. XI, 2008, pp. 42 y s.

²² En sentido semejante, refiriéndose a que en el concepto de “nocividad” no se tiene en cuenta la mayor o menor tolerancia de una persona en particular, Barber Burusco, S., “Comentario al art. 360”, en Cobo del Rosal, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal. Segunda época*, t. XI, 2008, p. 99.

ca como objeto de protección (en congruencia con la rúbrica legal), en la medida en que ello contribuye a la correcta interpretación de los tipos penales como delitos de peligro que diseñan una tutela anticipada de la salud. Nos parece, por el contrario, menos evidente la necesidad de predicar de la salud pública un contenido propio y autónomo, más allá de su consideración como mera abstracción conceptual —como sostiene Rodríguez Montañés— “para hacer referencia al conjunto de vidas e integridades de los sujetos individuales participantes en el tráfico, que constituyen una colectividad más o menos difusa”.²³

Centrándonos ahora en la concreción del bien jurídico “salud pública” en el ámbito alimentario, cabe señalar que los peligros a los que se ve expuesto el ciudadano en este concreto sector de actividad derivan principalmente del sistema industrializado de producción y distribución de alimentos. En las sociedades en las que el autoabastecimiento del sustento por parte del individuo ha sido sustituido por el sistema de producción masiva de alimentos (con la consiguiente pérdida de control del usuario final sobre los productos que adquiere y consume), es necesario que el consumidor pueda confiar en que tales productos reúnen las condiciones de salubridad adecuadas para prevenir posibles daños.²⁴ Se trata, por tanto, de garantizar a los consumidores que los alimentos dispuestos al consumo público no van a vulnerar su salud, integridad corporal o vida por no ser aptos para el consumo humano.²⁵

Inciendo en esta idea, señala Corcoy Bidasolo que “en una sociedad rural proteger la calidad de los alimentos carecería de sentido porque se encuentran en su situación natural y todos pueden conocer en qué circunstancias están comprando esos productos”, indicando esta autora que la protección de la seguridad y confianza cobra sentido en sociedades como la actual, en la que los alimentos llegan empaquetados y manipulados, sin que el consumidor pueda advertir directamente en qué estado se encuentran.²⁶

Entendemos que ello es congruente con la premisa de reconocimiento de un bien jurídico supraindividual en el delito contra la seguridad alimentaria, motivo por el cual la misma autora niega la existencia del delito cuando el producto nocivo no esté destinado al mercado, sino únicamente al alcance de un número determinado de personas. En estos casos, entiende Corcoy Bidasolo no se ha lesionado la seguridad y confianza de los usuarios en que los productos que están en el mercado no superan el límite del riesgo permitido, y únicamente se podrá castigar cuando se produjeran lesiones o muerte de alguna de esas personas como delito doloso o imprudente de homicidio o lesiones.²⁷

Coincidiendo en lo fundamental con esta postura, la aplicación del criterio resulta, sin embargo, espinoza cuando el producto nocivo se distribuye en lo que podríamos denominar un “mercado local”, en el que no hay una distribución masiva sino una puesta a disposición de un reducido número de destinatarios²⁸ que

²³ Rodríguez Montañés, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 1994, p. 309.

²⁴ Como señala Díaz Maderuelo, R. (“Alimentos disfrazados. De la metáfora al fraude”, *Política y Sociedad*, vol. 43, núm. 2, 2006, pp. 177-198), “saber lo que comemos recibe una especial relevancia en momentos como el actual, en que la mayor parte de los consumidores se encuentra cada vez más alejados de los centros de producción de alimentos [...], por lo cual difícilmente se puede conocer con exactitud su identidad, su procedencia, sus procesos de manipulación, almacenamiento, conservación, elaboración culinaria, etc.”. El mismo autor explica cómo la producción industrial de alimentos y su forma de enmascarar o disfrazar las materias primas (mediante incorporación de nutrientes, alteración de la estructura genética de algunas especies, empleo de aditivos, etc.) deriva en que al consumidor, a quien resulta prácticamente imposible comprobar su autenticidad por otros medios, sólo le queda el recurso de confiar en los mensajes publicitarios o en el texto de la etiqueta o la marca que acompaña al alimento, siendo éste el elemento legitimador, pocas veces a partir de comprobación empírica, sino más bien por un acto de adhesión o creencia.

²⁵ Pérez Álvarez, F., “La regulación del delito alimentario nocivo en el proyecto de Código Penal de 1992”, *ADPCP*, t. XLVI, fasc. III, 1993, p. 1071. Como señala este autor (*ibidem*), “La moderna mecanización e industrialización alimentaria, ha decidido que se libere al ciudadano, individualmente considerado, de la servidumbre y esclavitud de la consecución y preparación del alimento, sin embargo, se le ha encadenado mucho más sutilmente, por cuanto depende del sistema de producción”.

²⁶ Corcoy Bidasolo, M., *Delitos de peligro*, 1999, p. 194. Igualmente sostiene Díaz Maderuelo, R., *Política y Sociedad*, vol. 43, núm. 2, 2006, p. 179, que el desconocimiento de los procesos de transformación de las materias primas alimentarias viene determinado por la producción industrial y la comercialización a gran escala, pero que en una economía campesina tradicional el propio consumidor conoce la mayor parte de esos procesos de manipulación, porque suele ser él mismo quien los lleva a cabo.

²⁷ Corcoy Bidasolo, M., *op. cit.*, p. 257.

²⁸ *Idem*, repara también en el caso límite de utilización de un alimento nocivo en un banquete, entendiendo que en este caso “la decisión en uno u otro sentido dependerá de si se realiza el banquete en un establecimiento público, en cuyo caso concurre delito contra la salud de los consumidores, sea cual sea el número de invitados, o se trate de una fiesta privada servida por los mismos que invitan (en caso de ser servida por terceros estaríamos en un supuesto idéntico al anterior), en cuyo caso la decisión dependerá del grado de privacidad, atendiendo siempre a qué medida realmente se ha lesionado el bien jurídico protegido”.

Comercialización de vieiras contaminadas

adquieren el producto directamente de quien lo extrae de la naturaleza y sin que la materia prima alimentaria haya pasado por ningún proceso de transformación controlado. Tal es el caso de los supuestos de comercialización de vieiras con biotoxinas marinas por parte de mariscadores furtivos que eluden los procedimientos administrativos de control. En estos casos, el mero hecho de que el adquirente pueda comprobar el producto “en su situación natural” no garantiza que ostente el control sobre el estado (salubre o insalubre) del molusco, porque precisamente en estos casos el riesgo para la salud derivado de la toxina ASP es imperceptible a simple vista.

Los efectos tóxicos sobre la salud de la biotoxina ASP han sido científicamente estudiados a partir del episodio por ingesta de mejillones contaminados que sucedió en Canadá en 1987, en el que 107 personas resultaron intoxicadas por AD. La sintomatología clínica se manifestó en las primeras 48 horas y consistió principalmente en alteraciones gastrointestinales y neurológicas: vómitos (76%), cólicos abdominales (50%), diarreas (42%), dolor de cabeza (43%), alteraciones de la memoria (incluida amnesia, 25%) y en los casos más severos coma y desenlace fatal. Este síndrome se conoce desde entonces como “intoxicación amnésica”²⁹ por consumo de mariscos,³⁰ aunque, como informa la FAO, el único brote confirmado e informado a nivel mundial de ASP con resultado de enfermedades graves es el ocurrido en 1987 en Canadá. Con posterioridad a ese primer brote en Canadá, solamente se observaron enfermedades en seres humanos (benignas y cortas) en un brote causado por el consumo de navajuelas contaminadas de la costa oeste de los Estados Unidos.³¹

Los estudios científicos acreditan efectos de toxicidad aguda (derivados de la ingesta de una dosis única), pero no se han demostrado por el momento efectos de toxicidad crónica (derivados de la exposición a largo plazo).³²

²⁹ Aunque hay que señalar que la pérdida de memoria era fundamentalmente de corto plazo y estaba relacionada con la edad, afectando más directamente a los pacientes mayores de 50 años. Cfr. FAO, *Biotoxinas marinas*, 2005, p. 120.

³⁰ Cfr. “Informe del Comité Científico de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (AESAN) sobre los criterios de seguridad aplicables al contenido de ácido domoico en la vieira (*Pecten maximus*) para su recolección”, *Revista del Comité Científico de la AESAN*, núm. 10, 2009, pp. 41-52.

³¹ FAO, *Biotoxinas marinas*, 2005, p. 225.

³² *Ibidem*, p. 120.

³³ La SAP Pontevedra 62/2004, de 21 julio, planteándose esta cuestión, rechaza la interpretación propugnada por el Ministerio Fiscal, según la cual, haciendo un paralelismo con el art. 368 CP, lo único que puede considerarse impune es el autoconsumo, pero el destino para “consumo humano” que implique donación (aunque sea con un círculo reducido de amistades) resultaría punible según el art. 363.5 CP, por ser equiparable al “comercio”. La Sala, mostrando su desacuerdo con tal interpretación, entiende que ni se ha probado que el acusado ostentase la condición de productor, distribuidor ni comerciante, ni tampoco el destino para consumo humano tiene necesariamente que implicar el comercio que lleva implícita la necesidad de ánimo de lucro.

Cabe esperar, por tanto, efectos adversos tras la ingesta de vieiras cuya concentración de AD sea superior a 20 microgramos por gramo y en principio constituiría delito alimentario la puesta en el mercado del producto en tales condiciones, siempre que con ello se ponga en peligro la salud de los consumidores.

No concurre el delito si el destino de las vieiras contaminadas es el consumo por parte de quien las posee, resultando igualmente impune la tenencia para el consumo en familia o para un círculo privado de amistades.³³ En estos supuestos falta la puesta en el mercado (puesta a disposición de un número indeterminado de personas) y tampoco puede afirmarse la pérdida de control del riesgo por parte del agente, por lo que la solución de estos casos será la anteriormente apuntada, de castigar, en su caso, por delito de lesiones u homicidio (doloso o imprudente) si se producen resultados lesivos.

Resultan más problemáticos los casos en los que el destino de las vieiras es la venta a terceras personas, aunque la solución de estos supuestos puede variar en función de si el tipo penal del art. 363 CP se interpreta como delito de peligro abstracto o como delito de peligro concreto, a lo que dedicaremos el siguiente apartado.

III. El delito del art. 363 CP y la exigencia de peligro abstracto o concreto

En términos doctrinales resulta discutible si el art. 363 CP se configura como un delito de peligro abstracto o como un delito de peligro concreto, y tales discrepancias derivan sobre todo de que la redacción actual del artículo incorpora un requisito de puesta en peligro de la salud de los consumidores, referida en principio a todas las modalidades concretas, las cuales, independientemente consideradas, parecen tipificar (al menos algunas de ellas) delitos de peligro abstracto.

Ello es consecuencia de que el CP 1995, manteniendo las modalidades de conducta que estaban previstas en el art. 346 CP anterior (allí como delitos de peligro abstracto), añade, sin embargo, en la versión actual la exigencia de que se ponga en peligro la salud de los consumidores.

La jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en todos los pronunciamientos estudiados, mantiene la concepción del art. 363 CP como delito de peligro abstracto, pero recurriendo en muchos casos a la doctrina jurisprudencial del TS surgida en interpretación del antiguo art. 346 CP, lo que constituye (por lo anteriormente dicho) un endeble punto de apoyo.

No obstante, la doctrina, como apuntábamos, se halla dividida. Un sector doctrinal considera que la referencia a la puesta en peligro de la salud de los consumidores no hace sino incorporar un elemento de aptitud lesiva de la conducta, sin exigir un resultado de puesta en peligro concreto. Se trataría, por tanto, según estos autores, de un delito de peligro abstracto-concreto o de peligro hipotético,³⁴ que impide interpretar el delito como delito de mera desobediencia o de peligro presunto.

Otro sector doctrinal –en el cual nos incluimos– sostiene que el delito del art. 363 CP exige un resultado de peligro concreto,³⁵ estimando algún autor que, si bien la fórmula empleada por el legislador en el art. 363 CP permitiría también acoger la alternativa de peligro abstracto, existen mayores argumentos para sostener que estamos en presencia de un delito de peligro concreto que exige para su consumación un inminente contacto entre el alimento y el consumidor final.³⁶

El empleo de conceptos tales como delitos de desobediencia (que no exigirían peligro, pero que se incluyen en la categoría de peligro abstracto), de peligro hipotético (que requerirían que el peligro fuese posible) o de peligro presunto (que no requerirían un peligro efectivo, pero que cabría presumirlo), a los que se suele recurrir para tratar de diferenciar –sobre

la base de la creación, o no, de un efectivo peligro– los delitos de peligro abstracto respecto de los de peligro concreto, introducen a veces más confusión que claridad. Consciente de ello, propone Mir Puig la siguiente diferenciación, mucho más clarificadora, que reproducimos textualmente:

mejor que decir que en los delitos de peligro abstracto no es preciso un efectivo peligro, es formular su distinción respecto de los delitos de peligro concreto en los términos siguientes: en los delitos de peligro concreto el tipo requiere como resultado de la acción la *proximidad* de una *concreta* lesión (así, que la acción haya estado *a punto* de causar una lesión a un bien jurídico determinado), mientras que en los delitos de peligro abstracto no se exige tal *resultado* de proximidad de una lesión de un concreto bien jurídico, sino que basta la peligrosidad de la *conducta*, peligrosidad que se supone inherente a la acción salvo que se pruebe que en el caso concreto quedó excluida de antemano. Pero tanto los delitos de peligro concreto como los de peligro abstracto son verdaderos delitos de peligro porque exigen que no se excluya previamente todo peligro.³⁷

Volviendo al problema antes planteado sobre la posibilidad de apreciar un delito de fraude alimentario cuando las vieiras contaminadas se venden a terceras personas, cabe señalar que el elemento de la nocividad real del producto, para afectar a la salud, es requisito necesario tanto si el delito se interpreta como de peligro abstracto (con elementos de aptitud o idoneidad), como si se interpreta de peligro concreto. La constatación de la lesividad de las vieiras no plantea, sin embargo, problemas en los casos aquí estudiados, puesto que está demostrado que cantidades de AD por encima de 20 microgramos por gramo son suficientes para provocar alteraciones en la salud del ser humano. La puesta en el mercado de vieiras en las condiciones apuntadas puede dar lugar sin duda al delito si éste se concibe como delito de peligro abstracto.

³⁴ De esta opinión, Ballesteros Martín, J.M., “El delito alimentario”, en VV.AA., *Protección penal de consumidores y usuarios, Manuales de formación continuada*, núm. 15, CGPJ, 2001, p. 228; Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte especial*, 17ª ed., 2009, p. 597; Grauer Godoy, A., “El delito alimentario”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 21, 2009, pp. 18 y 19.

³⁵ Doval Pais, A., *Delitos de fraude alimentario*, 1996, pp. 353 y ss.; Boix Reig-Doval Pais, en Vives Antón, T.S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, 1996, p. 1667; Mendoza Buergo, B., en Bajo Fernández, M. (dir.), *Compendio de Derecho penal. (Parte especial)*, vol. II, 1998, p. 655; Carmona Salgado, C., en Cobo del Rosal, M. (coord.), *Derecho penal español. Parte Especial*, 2ª ed., 2005, pp. 759 y ss.

³⁶ En este sentido, García Albero, R., en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 8ª ed., 2009, p. 1381.

³⁷ Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2008, p. 230.

Comercialización de vieiras contaminadas

to, pues en este caso basta que el sujeto sea consciente de los elementos que fundamentan la peligrosidad de la conducta, los cuales no tiene posibilidad de evitar.

Por el contrario, dicha consecuencia es muy discutible si el delito se concibe como delito de peligro concreto. Más aún: en los casos aquí estudiados resulta perfectamente verosímil excluir el resultado de peligro en sí (que no se dará por las medidas precautorias que con seguridad adoptará el consumidor antes de ingerir o servir el producto) o, en todo caso, el desvalor subjetivo del hecho, puesto que actúa con la diligencia debida quien presupone que el molusco será debidamente preparado con carácter previo a su degustación, eliminando las partes blandas del molusco en las que se acumulan las mayores dosis de toxina (y podría decirse que la ingesta del producto a cuerpo entero es un accidente con el que ningún ciudadano medio podría contar, resultando objetivamente imprevisible).

Ello es así porque, según constatan los estudios científicos, las concentraciones de AD a cuerpo entero que no exceden de 250 microgramos por gramo consiguen reducirse hasta convertir el producto en inocuo cuando son retirados el hepatopáncreas y las restantes partes blandas del animal, de modo que el marisco, una vez saneado (tras evisceración), resulta, en condiciones normales, perfectamente apto para el consumo humano. Y no sólo es que la retirada de partes blandas sea la forma ordinaria de preparar la vianda (además de ser la práctica habitual generalmente conocida, bastaría leer cualquier libro o manual de cocina en el que se dé cuenta de la preparación de vieiras, para observar las indicaciones de limpieza previa del molusco), sino que cualquier otra interpretación sería tanto como imaginar que quien adquiere en el mercado una lechuga correctamente envuelta en un plástico va a proceder a ingerir su envoltorio en lugar de retirarlo.

Por lo demás, tampoco parece haber evidencias de que el eviscerado industrial (llevado a cabo por plantas de eviscerado autorizadas administrativamente) resulte más eficaz que el eviscerado manual, sino que este último se demuestra en estudios científicos como método efectivo.³⁸

IV. El tipo subjetivo: consideraciones generales

Con anterioridad al sistema actual de incriminación cerrada o específica (*numerus clausus*) de la imprudencia, se discutía si sólo debían castigarse los delitos de peligro dolosos y, en consecuencia, entre ellos, el denominado fraude alimentario. La determinación de la concurrencia de dolo en esos hechos tenía por tanto una gran trascendencia, pues la ausencia del mismo implicaba (o podía implicar) la atipicidad de la conducta. Por el contrario, en el sistema actual dicha ausencia de dolo puede derivar en responsabilidad por imprudencia cuando ésta es grave (pues la leve es atípica), porque el Código Penal vigente la tipifica expresamente: frente a la pena prevista en el art. 363 para el delito doloso (prisión de uno a cuatro años, multa de seis a 12 meses e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por tiempo de tres a seis años), dispone el art. 367 que se impondrán respectivamente las penas inferiores en grado si los hechos descritos en el citado art. 363 fueran realizados por imprudencia grave.

A pesar de esta previsión legislativa vigente sigue habiendo opiniones discrepantes en la doctrina (no así en la jurisprudencia) acerca de la punibilidad (o alcance) de los delitos de peligro imprudentes. Para la jurisprudencia,³⁹ el planteamiento de que sobre la base del sistema anterior cabía cuestionarse por parte del juez (en uno u otro sentido) la punibilidad de

³⁸ Cfr. Lago, J. *et al.*, “Disminución del contenido de ácido domoico en vieiras (*Pecten maximus*) mediante un proceso fácilmente aplicable en la industria transformadora”, en Gilabert, J. (ed.), *Avances y tendencias en fitoplancton tóxico y biotoxinas*, Actas de la IX Reunión Ibérica sobre Fitoplancton Tóxico y Biotoxinas, 2008, pp. 253-257. Los resultados de este estudio demuestran que el eviscerado manual en vieiras frescas lograba reducir una concentración de AD superior a 120 microgramos por gramo a valores próximos a cero. Aunque hay que señalar que, aplicado el mismo método a vieiras tras un mes de congelación, resultaba una concentración de AD superior a 20 microgramos por gramo.

³⁹ A la vista de la jurisprudencia consultada, de la Audiencia Provincial de Pontevedra se observa que en la mayoría de los casos se ha optado por la calificación de imprudencia grave. Las argumentaciones acerca de la apreciación de dolo o imprudencia son, sin embargo, muy escasas y absolutamente inexistentes en lo que se refiere a la determinación del grado –grave o leve– de imprudencia. No obstante, siempre se aplica el art. 367. Por otra parte, da la impresión de que en algunos casos, en la jurisprudencia, partiendo de la base de las consecuencias (gravedad de la pena) que se derivarían de una correcta aplicación de las normas, se ajusta o compensa el tipo subjetivo con el *iter criminis* (o viceversa). Por ejemplo, calificado el hecho de doloso se aprecia tentativa en casos prácticamente iguales a los que se consideran consumados cuando la acción se ha calificado de imprudente. O también, calificado el hecho de consumado, se aprecia imprudencia en casos prácticamente iguales a otros en los que se afirma el dolo (e incluso contradiciendo a veces los argumentos en la propia sentencia, que implicarían a todas luces la apreciación de dolo). Las decisiones sobre la parte subjetiva del tipo (concurrencia de dolo o imprudencia) deben ser independientes de las que procedan en relación con la parte objetiva, en atención particularmente a la exigencia de peligrosidad real *ex ante* de la conducta.

la comisión imprudente, se sustituye con el sistema actual de tipificación expresa por la consideración de que el juez queda relevado de esta tarea por el legislador. Como consecuencia de ello, no sólo suelen ser muy escasos los argumentos aportados por la jurisprudencia sobre la concurrencia de los elementos del tipo subjetivo, sino también, y consecuentemente, muy numerosas las conclusiones de que la ausencia de dolo deriva de forma prácticamente automática en la calificación por imprudencia grave, sin cuestionarse en absoluto, por otra parte, la posibilidad de concurrencia de imprudencia leve o de cualquier otra consideración político-criminal (por ejemplo, el menor desvalor subjetivo de la imprudencia –respecto del dolo– unido a un también menor desvalor objetivo, la tentativa de lesión, frente a la consumación) que pudiera o debiera conducir a la impunidad por falta de necesidad o merecimiento de pena aunque conceptualmente cupiese la imprudencia. Por el contrario, la doctrina que se ha pronunciado sobre estas cuestiones suele considerar que no deben incriminarse todos los casos de delitos de peligro imprudentes, sino únicamente los que se sitúan en el eslabón final del proceso (puesta a disposición de los consumidores del producto nocivo), dando lugar a un peligro concreto para la salud.⁴⁰ Sea como fuere, de *lege lata* están incriminados los hechos dolosos e imprudentes graves, sean de peligro abstracto o concreto, por lo que se hace necesaria su delimitación.

Como observa Roxin,⁴¹ aunque el número de los delitos de peligro aumenta constantemente en la legislación moderna, su investigación sigue en sus inicios. Ello se debe, entre otras cosas (aparte de, por ejemplo, la ausencia de perceptibilidad sensorial en la consumación de los delitos de peligro frente a los de lesión, lo cual, por otra parte, no debe plantear mayores dificultades que las que surgen en los delitos consumados de resultado ideal o de tentativa en los de resultado material), a que las categorías de la teoría general del delito se concibieron y desarrollaron fundamentalmente en relación con los delitos de lesión, y no directamente con los de peligro, en los cuales se presentan sin embargo difíciles y peculiares problemas, referidos, entre otros, al ámbito de la im-

putación, el *iter criminis*, la participación, así como a la parte subjetiva del tipo, sobre la determinación de la concurrencia de dolo o imprudencia (a la que nos referimos a continuación) y sus consecuentes relaciones concursales con el delito de lesión en caso de producirse el resultado lesivo.

V. El dolo y la imprudencia en los delitos de peligro abstracto

1. El dolo

Se denominan delitos de peligro abstracto aquellos cuya tipificación se basa en la concurrencia de una conducta que se considera peligrosa como tal, sin necesidad de que en el caso concreto produzca un resultado de puesta en peligro. En consecuencia, dicha evitación de concretos peligros y posibles resultados de lesión no constituyen elementos del tipo, sino que son únicamente el motivo del legislador para crear los mencionados tipos de peligro abstracto.

En este ámbito de la salud pública estarían comprendidos aquellos casos en los que concurren conductas que el legislador considera que entrañan inexorablemente factores de riesgo para la salud de los consumidores, siendo ello suficiente para su tipificación, con independencia de que lleguen o no, en el caso concreto, a producir un peligro real –de lesión inmediata o próxima–⁴² para el objeto protegido por el tipo correspondiente.

Surgen así, fundamentalmente, dos modalidades de delitos de peligro abstracto. Por una parte, los que incorporan elementos normativos de aptitud, es decir, exigiendo la nocividad o lesividad general del producto (por ejemplo, en el art. 359, la elaboración, despacho, suministro o comercio de sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos) y, por otra, aquellos que ni siquiera exigen dichos elementos, en los cuales, a modo de “conductas tabú”, es el propio legislador quien ha considerado que la realización de una determinada acción lleva implícita la aptitud lesiva general (por ejemplo, en art. 364.2.4^a, despachar al consumo público las carnes o productos de los animales de abasto sin respetar

⁴⁰ García Albero, R., en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 8ª ed., 2009, p. 1402.

⁴¹ Roxin, C., *Derecho penal. Parte general*; t. I: *Fundamentos, la estructura de la teoría del delito* (trad. de la 2ª ed. alemana por Luzón Peña, D.M., Díaz y García Conlledo, M. y De Vicente Remesal, J.), 1997, p. 403.

⁴² Luzón Peña, D.M., *Curso de Derecho penal: parte general I*, 1996, p. 314.

Comercialización de vieiras contaminadas

los periodos de espera en su caso reglamentariamente previstos).

Pues bien, en los delitos de peligro abstracto que ni siquiera incluyen elementos normativos de aptitud (es decir, aquellos en los que el legislador no hace una selección entre elementos nocivos y no nocivos, pues parte de la base *iuris et de iure* de la potencial nocividad general de la acción en sí misma), para la afirmación del dolo basta con el conocimiento de los elementos objetivos de la conducta que el legislador ha considerado adecuada o idónea para generar el peligro.⁴³ No es preciso que el sujeto conozca o se represente la peligrosidad que dicha conducta entraña ni que actúe con la voluntad de que se genere el riesgo. Eso ya lo ha hecho el legislador por él al crear esta modalidad de tipos (en el ejemplo anterior, del art. 364.2.4.^a, basta para la afirmación del dolo con que el sujeto sepa que despacha al consumo público las carnes o productos de los animales de abasto sin respetar los periodos de espera en su caso reglamentariamente previstos.)

De ello se deriva, por otra parte —como veremos posteriormente—, la exclusión de la posibilidad de comisión de estos hechos (a saber, de los delitos de peligro abstracto, en las dos modalidades referidas, a diferencia de lo que sucede en los delitos de peligro concreto)⁴⁴ por imprudencia consciente.⁴⁵

En lo que refiere al caso que nos ocupa, de comercialización de vieiras contaminadas, la jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra mantiene en todos los pronunciamientos estudiados, como hemos señalado, la concepción del art. 363 CP como delito de peligro abstracto. Aunque no se manifiesta expresamente sobre cuál de las dos modalidades planteadas concurre, puede desprenderse de sus fundamentos jurídicos que se trata en la mayoría de los casos de delitos de peligro abstracto con elementos de aptitud.

Con independencia, por ahora, de que esta consideración sea correcta, si lo sería, por el contrario, la exclusión de los delitos de peligro abstracto que ni siquiera incorporan dichos elementos. Y ello porque (además de los argumentos relativos a las modalidades del art. 363 que recogen expresa o implícitamente la nocividad), de acuerdo con la doctrina, todos los supuestos incluidos en el art. 363 CP son —en virtud de la inclusión global de la referencia a la puesta en peligro de la salud de los consumidores— o bien delitos de peligro concreto, o bien de peligro abstracto con elementos de aptitud porque dicha referencia no hace sino incorporar un elemento de aptitud lesiva de la conducta, sin exigir un resultado de puesta en peligro concreto y al mismo tiempo excluyendo su consideración como delito de mera desobediencia.

Las consecuencias derivadas de la inclusión de esa referencia o exigencia global o genérica aclaran las dudas que pudieran surgir precisamente respecto de los supuestos del art. 363 en los que no se menciona, directa o indirectamente, la nocividad y, en consecuencia, no se explican los requisitos exigidos para la concurrencia del dolo en ellos. Nos referimos sobre todo a la modalidad de “ocultando o sustrayendo efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados, para comerciar con ellos”, en la cual la mencionada jurisprudencia incluye varios de los supuestos sobre los que se ha pronunciado.⁴⁶ Si dicha modalidad —por ejemplo, con anterioridad a la inclusión de la mencionada referencia genérica— se considerase un delito de peligro abstracto de los de esta clase —sin elementos de aptitud—, bastaría, para la afirmación del dolo, con que el sujeto conociese o fuese consciente de que lo que oculta para comerciar está destinado a ser inutilizado o desinfectado;⁴⁷ sin que se requiera, además, el conocimiento de la nocividad o la conciencia de los factores de riesgo. Si, por el contrario, sobre la base

⁴³ En este sentido, Rodríguez Montañés, T., “Delitos de peligro”, en Luzón Peña, D.M. (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, 2002, p. 497; García Albero, R., en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 8ª ed., 2009, p. 1401.

⁴⁴ Considerando, por el contrario, esta imposibilidad para todos los casos de delitos de peligro, Rodríguez Montañés, T., en Luzón Peña (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, 2002, p. 497: “en los delitos de peligro [...] la actuación pese al conocimiento del riesgo es expresión de la decisión del autor a favor de la puesta en peligro, al no haber posibilidad de confianza fundada en su exclusión”.

⁴⁵ Luzón Peña, D. M., *Curso de derecho penal: parte general I*, 1996, pp. 432 y 515.

⁴⁶ La inclusión de supuestos en una u otra modalidad del art. 363 —respecto de lo cual no se encuentra un criterio claro en la forma de proceder de dicha jurisprudencia— no es cuestión baladí, pues de ello pueden derivarse consecuencias importantes en, por ejemplo, la determinación del *iter criminis* o del grado de participación. Por otra parte, en ningún caso la citada jurisprudencia apreció la modalidad de “ofreciendo en el mercado productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición”, respecto de la cual podrían hacerse semejantes observaciones a las contempladas en el texto.

⁴⁷ Sumamente ilustrativo sobre los problemas que pueden plantearse en la interpretación de este elemento típico, Luzón Peña, D.M., “Ocultación o sustracción de efectos destinados a la inutilización o desinfección. Comentario a la STS (Sala 2ª), de 12 de abril de 1989”, *La Ley*, 1989 (3), pp. 327-337.

de la regulación actual, se considera que estamos ante delitos de peligro abstracto con elementos de aptitud o ante delitos de peligro concreto, no sería suficiente con aquel conocimiento.

En los delitos del peligro abstracto que incorporan elementos normativos de aptitud lesiva (que, sobre la base de lo dicho, serían todas las modalidades del art. 363, excepto para quienes las consideran delitos de peligro concreto), el dolo ha de referirse –siquiera eventualmente–⁴⁸ a los elementos de valoración de la potencialidad lesiva de la conducta. Para la afirmación del dolo es condición *necesaria* que el autor sea consciente (elemento intelectual del dolo) de la aptitud o idoneidad lesiva de su actuación en los términos establecidos en la ley, pero, como veremos después, es también condición *suficiente*, pues la actuación con conciencia de los elementos que fundamentan la peligrosidad de la conducta no es compatible con la confianza en la evitación del peligro (abstracto), implicando necesariamente la asunción del riesgo (elemento volitivo). No es preciso, por el contrario, que el sujeto conozca y quiera, además, la materialización de su conducta en un peligro (lo cual sí es exigible para el dolo en los delitos de peligro concreto): basta con que sea consciente de los factores de riesgo incorporados a la acción típica,⁴⁹ de la nocividad del producto en el momento de realizar la acción (por ejemplo, la venta de comestibles destinados al consumo público y nocivos para la salud).⁵⁰

En este tipo de delitos, al igual que en los de lesión, el dolo puede ser de primer grado, de segundo grado o eventual, si bien consideramos que en la mayoría de los supuestos de comercialización de vieiras en los que concurre dolo se trataría normalmente de dolo eventual. Es prácticamente inimaginable que el sujeto conozca el grado exacto de toxicidad de las vieiras, e incluso que superen el límite mínimo permitido, pero en general sí concurre el conocimiento de esa eventualidad: aun contando con esa probabilidad, objetivamente fundada, la acepta y pone el producto en el mercado

Por otra parte, no cabe duda, ciertamente, de que existirá dolo directo de primer grado respecto del pe-

ligro –tanto abstracto como concreto– en todos los casos (posiblemente raros) en que, además, existe dolo –directo o eventual– respecto de la lesión (pues el dolo de lesionar implica necesariamente el de poner en peligro), pero puede existir puro dolo de peligro sin dolo –ni siquiera eventual– de lesionar. Así –en lo que se refiere a los delitos de peligro abstracto–, en todos aquellos casos en los que el autor sea consciente de la peligrosidad de su conducta, sin poder confiar ya, de forma mínimamente fundada o razonable, en la evitación de la peligrosidad (o del peligro mismo, en los delitos de peligro concreto), pero no acepte la eventual producción de la lesión, sino que confíe con un mínimo fundamento en poder controlar el peligro y en evitar finalmente la lesión.⁵¹

2. La imprudencia

Como hemos indicado, en los delitos de peligro abstracto la concurrencia del elemento cognoscitivo implica necesaria y simultáneamente la del elemento volitivo. Y esto rige para las dos modalidades a las que hemos hecho referencia, si bien con algunas diferencias, como veremos. En términos generales, en los delitos de peligro abstracto,

la imprudencia radica en la realización de la acción típica peligrosa sin conciencia de su aptitud lesiva (en los delitos de aptitud) o de los elementos típicos que la fundamentan, existiendo posibilidad y deber objetivo de conocimiento. La imprudencia es, por tanto, siempre inconsciente respecto de la acción típica, confiando erróneamente en haber adoptado las medidas de aseguramiento necesarias para evitar la peligrosidad de la acción.⁵²

En los delitos de peligro abstracto con elementos de aptitud (es decir, en todos los casos del art. 363, salvo si, como entendemos nosotros, se consideran delitos de peligro concreto), el conocimiento de los factores de riesgo implica la auténtica conciencia del peligro y, necesariamente, su aceptación si, pese a todo, se decide actuar. De ello se deriva la imposibi-

⁴⁸ García Albero, R., en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 8ª ed., 2009, p. 1401.

⁴⁹ En este sentido, Rodríguez Montañés, T., en Luzón Peña (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, 2002, p. 497.

⁵⁰ García Albero, R., en Quintero Olivares, G. (dir.), *op. cit.*

⁵¹ Luzón Peña, D.M., *Curso de Derecho penal: parte general, I*, 1996, pp. 431 y 432.

⁵² Rodríguez Montañés, T., en Luzón Peña (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, 2002, p. 497.

Comercialización de vieiras contaminadas

lidad de supuestos de imprudencia consciente en los delitos de peligro abstracto, en los que, a diferencia de los delitos de peligro concreto, se produce una identidad entre el dolo de peligro y la imprudencia consciente de lesión:⁵³ cuando el autor es consciente de la posibilidad de la lesión que implica su actuación y, pese a ello, actúa, no ha lugar a que *ex post* pueda afirmar que no consentía en cuanto a la creación del peligro.⁵⁴

Siendo esto así, sólo podrá aplicarse el art. 367 en los casos de imprudencia inconsciente (grave), aplicándose, por el contrario, el art. 363 a los de conciencia –y por tanto, aceptación– de la peligrosidad.

En los delitos de peligro abstracto que no incluyen elementos normativos de aptitud, la comisión imprudente no puede fundamentarse en la infracción del deber objetivo de cuidado referido a la peligrosidad de la conducta (pues el conocimiento de ésta no se requiere en tales delitos),⁵⁵ sino únicamente referido al conocimiento de los elementos objetivos que la fundamentan. En el ejemplo citado del art. 364.2.4^o (“despachar al consumo público las carnes o productos de los animales de abasto sin respetar los periodos de espera en su caso reglamentariamente previstos”), la comisión imprudente puede venir determinada porque el sujeto, infringiendo el deber objetivo de cuidado, incumple la obligación de respetar los periodos exigidos; por ejemplo, por no conocer los periodos de espera o por equivocarse en el cálculo de los mismos; no, sin embargo, por no conocer la peligrosidad de su acción.

Si, como acabamos de señalar, basta para el dolo con el conocimiento de los elementos que fundamentan la conducta típica, la comisión imprudente debe ser necesariamente por imprudencia inconsciente, pues la imprudencia consciente implica también el conocimiento de dichos elementos requeridos. En el mismo ejemplo, si el sujeto es consciente de que, pudiendo hacerlo, no se entera de los diferentes periodos de espera según el tipo de animales, o conscientemente no comprueba sus anotaciones para cumplir con dichos periodos, en tales casos sabe y consiente en que, al menos eventualmente, puede no estar respetando los periodos de espera requeridos. Realizaría el de-

lito con dolo eventual. Por el contrario, es posible la comisión imprudente (por imprudencia inconsciente) cuando realiza los elementos del tipo por haber creído erróneamente, por ejemplo, que los periodos de espera eran los mismos para todos los tipos de animales o por haberse equivocado, él mismo o quien recibió la mercancía, en las anotaciones sobre el cómputo de dichos periodos.

3. Análisis de los casos de la jurisprudencia

Prácticamente en todas las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Pontevedra se manifiesta expresamente que el delito del art. 363 es de peligro abstracto, e incluso en algún caso parece admitirse que se trata de delitos de mera desobediencia, sin necesidad de elementos normativos de aptitud “cuando existe una prohibición formal de esta naturaleza, basada en el principio de precaución, la realización del tipo no depende de un peligro concreto [...]. La materia regulada por estos delitos [...] requiere no sólo la prohibición de peligros totalmente demostrados, sino inclusive la de aquellos peligros razonablemente sospechados por la Administración”.⁵⁶

Sobre esta base se argumentan por la jurisprudencia los requisitos exigidos para la concurrencia de dolo, que, lejos de ser coincidentes (lo cual sería lo más normal si se tratase realmente de delitos de peligro abstracto), son claramente discrepantes debido a que aplican los criterios propios de los delitos de peligro concreto a esos pretendidos delitos de peligro abstracto. Consecuencia de ello es que, en algunos casos, se dice ser suficiente el mero conocimiento, aun eventual, de la prohibición de la venta –incluso especificándose a veces que no es preciso un conocimiento exacto y puntual del grado de toxicidad–, argumentándose en otros, por el contrario, que el dolo requiere dicho conocimiento del grado de toxicidad, y con ello la plena conciencia del peligro para la salud de los consumidores.

Concretamente, aprecia dolo basándose en el argumento de que “basta con que el sujeto conozca la prohibición de la venta, por los peligros para la salud” en los siguientes casos:

⁵³ En este sentido, considerando discutible que dicha identidad se produzca también en los delitos de peligro concreto, Luzón Peña, D.M., *Curso de Derecho penal: parte general I*, 1996, pp. 432 y 515.

⁵⁴ En este sentido, pero afirmando la identidad de dolo de peligro y de imprudencia consciente también para los delitos de peligro concreto, Rodríguez Montañés, T., en Luzón Peña (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, 2002, pp. 496 y ss.

⁵⁵ García Albero, R., en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 8^a ed., 2009, p. 1401.

⁵⁶ SAP Pontevedra 93/2005, de 17 de junio.

(Caso 1): La SAP Pontevedra 79/2007, de 19 junio (un marinero que iba a bordo de una embarcación se da a la fuga tras advertir la presencia de la policía, encontrándose en dicha embarcación 117 vieiras destinadas a la comercialización, con una presencia de toxina de 49.2 $\mu\text{g/g}$), considera que basta con que pueda inferirse que el sujeto (por su profesión de marinero) conocía la prohibición y que estaban afectadas por la toxina, aunque no se trate de un conocimiento exacto y puntual.⁵⁷

(Caso 2): En el mismo sentido se pronuncia la SAP Pontevedra 18/2006, de 16 febrero (caso en que un sujeto se dirige con su furgoneta a la cetárea y cuando se disponía a acceder al interior de ésta emprende la huida al ver a la policía, hallándose en el interior del vehículo tres cachos con 244 vieiras que el sujeto iba a vender en la cetárea sin haber pasado los controles de evisceración reglamentariamente establecidos), en la cual se parte asimismo de la concurrencia de dolo porque “el acusado conocía la prohibición de la venta libre de vieira por los peligros que la sustancia tóxica detectada podía ocasionar a la salud, pese a lo cual procedió a su captura con fin de su venta para el consumo”, pero utilizando además este mismo argumento para calificar el hecho de consumado.⁵⁸

(Caso 3): La SAP Pontevedra 102/2006, de 13 septiembre (tres mariscadores se dirigen en planeadora a la zona de las bateas, sumergiéndose durante más de una hora, y después dejan en una batea dos salabardos con 179 vieiras que son interceptadas por el Servicio de Protección de Recursos) confirma la sentencia del Juzgado por imprudencia grave, pero sólo en virtud del veto que supone el principio acusatorio. “Es claro que los acusados conocían la prohibición de la venta libre de vieira por los peligros que la sustancia tóxica detectada puede ocasionar a la salud, pese a lo cual procedieron a su cap-

tura con fin de su venta para el consumo estando además en veda la zona donde procedieron a su extracción [...] la conducta de los acusados resulta indiciariamente dolosa para el Ministerio Fiscal, aunque en su escrito de impugnación del recurso protesta por la aplicación del tipo imprudente que efectuó la juzgadora, al no haber por su parte apelado la sentencia, limitándose a solicitar su confirmación, el principio acusatorio veta la revisión de la calificación aunque se mantengan los mismos hechos, al ser más gravosa”.

Pues bien, si como entiende esta jurisprudencia todos los supuestos del art. 363 constituyen delitos de peligro abstracto, sería correcta la apreciación de dolo en todos los casos anteriores, pues (y porque) basta con que el autor sea consciente de los elementos que fundamentan la peligrosidad de su conducta, de la nocividad de las vieiras en el momento de realizar la acción (factor éste que, por otra parte, de concurrir realmente –lo cual se ha verificado científicamente en todos los casos– el autor no puede evitar).⁵⁹ Y esto puede afirmarse en todos ellos porque es objetivamente razonable que el sujeto conozca, cuando menos, la eventualidad de la concurrencia del factor del riesgo (y realmente en estos casos suele haber un conocimiento pleno de la prohibición de la venta en esas condiciones).

Pero la jurisprudencia excluye el dolo, por exigir el conocimiento del grado de toxicidad, en estos otros casos, en los que aprecia imprudencia:

(Caso 4): La SAP Pontevedra 46/2004, de 30 junio (dos vendedoras de pescado en el mercado transportaban en un vehículo 284 vieiras, que habían adquirido de un tercero, destinadas en parte al consumo y en parte a la ven-

⁵⁷ SAP Pontevedra 18/2006, de 16 febrero: “b) que las mencionadas vieiras, que son especies vedadas y con cierre cautelar, no habían pasado el control de evisceración por los centros correspondientes y obviamente carecían de documentación, c) que el acusado, marinero de profesión, conocía que estaba prohibida la venta sin el control referido y puede inferirse que conocía que estaban afectadas por la toxina ASP habida cuenta de las circunstancias antes referidas, pues no es preciso que tenga un conocimiento exacto y puntual propio de la analítica”.

⁵⁸ SAP Pontevedra 79/2007, de 19 junio: “Acreditado que las vieiras incautadas superaban a cuerpo entero la toxicidad permitida, ya que los análisis constataron la presencia de toxina neurotóxica ASP en la cantidad de 492 microgramos de ácido domoico por gramo y que como se dice en la Sentencia apelada, esa cantidad excede de la permitida para el consumo humano, de 20 microgramos por gramo y que el acusado conocía la prohibición de la venta libre de vieira por los peligros que la sustancia tóxica detectada podía ocasionar a la salud, pese a lo cual procedió a su captura con fin de su venta para el consumo, debe entenderse consumado el delito por el que resulta condenado el ahora recurrente, ya que este delito se perfecciona y consume con la simple posesión del producto en tales condiciones con propósito y ánimo de venta a terceras personas (STS 18-12-1981, 22/5/92), no existiendo infracción del principio acusatorio, toda vez que la sentencia no se aparta de los hechos que se reconocen en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal”.

⁵⁹ En el hipotético caso de que las vieiras no alcanzaran la toxicidad requerida, el hecho sería atípico: no sólo si concurriese imprudencia (inconsciente, pues la conciente constituiría dolo), sino también si concurriese dolo, lo cual daría lugar a una tentativa imposible que, por referirse a un delito de peligro, debe quedar impune.

Comercialización de vieiras contaminadas

ta a algún restaurante), considera que el dolo (incluso el eventual)⁶⁰ requiere el conocimiento del grado de toxicidad [...] la plena conciencia del peligro para la salud de los consumidores; “[...] no existe dolo si no se ha probado que la acusadas eran conscientes del estado de las vieiras e incluso puede aceptarse que creían que eran aptas para el consumo [...] por eso se penará el delito en forma imprudente[...]”.⁶¹

(Caso 5): La SAP Pontevedra 30/2008, de 8 febrero (los procesados H. y J. descargan de una planeadora 167 kilos de vieiras, introduciéndolas, junto con C., en una furgoneta con la finalidad de distribuir las a terceras personas para consumo), si bien no resuelve el problema de fondo sobre la concurrencia de dolo eventual —planteada por el Ministerio Fiscal— por considerar que en ese recurso se plantea un supuesto de hecho que no resulta de la sentencia de instancia, afirma expresamente, por el contrario, al hilo de la calificación por imprudencia grave en dicha sentencia de instancia (con el argumento de que, “dado que no se habían analizado las piezas no se puede considerar probado que el acusado fuera

consciente del estado de aquéllas, pudiendo aceptarse que creyera que eran aptas para el consumo”), que “el dolo se configura como el conocimiento por parte del sujeto activo de la idoneidad de la conducta para afectar a la salud o como conocimiento de la nocividad del producto”.⁶²

Sobre la base de los argumentos que anteriormente hemos expuesto, consideramos que en estos casos, si los hechos tipificados en el art. 363 fueran realmente de peligro abstracto, también habría que afirmar en todos ellos la concurrencia de dolo, cuando menos eventual. La exclusión del mismo por parte de la jurisprudencia se debe a que los tratan como si fueran (y en realidad lo son) delitos de peligro concreto. En ninguno de los casos anteriores es objetivamente descartable la aceptación de la eventualidad de la aptitud lesiva del objeto, a pesar de la cual el sujeto se decide a actuar en todos ellos; la exigencia del conocimiento exacto del grado de toxicidad eliminaría, quizás, el dolo directo de primer grado, pero no el eventual.

⁶⁰ Esta SAP Pontevedra 46/2004, de 30 junio, descarta el dolo eventual —el cual no se plantea— aun reconociendo que lo que falta es la “plena” conciencia del peligro para los consumidores, lo cual puede entenderse en el sentido de que admite que podían sospechar esa posibilidad, e incluso aceptarla, pero califica el hecho de imprudente (frente a la absolución de Primera Instancia).

⁶¹ SAP Pontevedra 46/2004, de 30 junio: “El único elemento dudoso es el dolo, porque al no haberse efectuado los preceptivos análisis no se podía conocer su grado de toxicidad. No se puede considerar probado que las acusadas fueran conscientes de su estado, e incluso puede aceptarse su creencia de que fueran aptas para el consumo. Tampoco esta duda excluye la obligatoriedad de los controles con sus correspondientes repercusiones administrativas, pero sí permite la aplicación del art. 367 CP que prevé la realización de esos delitos por imprudencia grave. No es éste un delito estrictamente doloso, por lo que al concurrir todos sus elementos objetivos y no apreciarse en cambio la plena conciencia del peligro para la salud de los consumidores, se penará el delito en su forma de imprudencia, con las correspondientes penas inferiores en grado”.

⁶² SAP Pontevedra 30/2008, de 8 febrero: “Indiscutidos los hechos declarados probados de la sentencia impugnada debe partirse necesariamente de los mismos a fin de resolver el recurso planteado que se centra en la indebida aplicación al supuesto de autos del art. 367 del CP en relación con el art. 363.3 CP. En el caso de autos la sentencia recurrida describe como hechos probados que los acusados procedieron a introducir los salabardos (con 167 kg de vieiras) “en una furgoneta con la finalidad de distribuir las a terceras personas para consumo” y que “sometida una muestra de las vieiras intervenidas a análisis se constató la presencia de la toxina neurotóxica ASP en la cantidad de 213 microgramos de ácido domoico por gramo, cantidad dañina para la salud al exceder notoriamente de la permitida para el consumo humano”, concluyendo en el párrafo último de su fundamento jurídico primero que “aun considerando que el acusado conocía la imposibilidad de extraer la vieira, como se concluye de la declaración del primero de los peritos que refiere la existencia de un sistema de control por el que se puede conocer en cada zona cómo está la vieira”, dado “que no se habían analizado las piezas no se puede considerar probado que el acusado fuera consciente del estado de aquéllas, pudiendo aceptarse que creyera que eran aptas para el consumo”, por lo que opta por la aplicación al supuesto del art. 367 del CP relativo a la comisión por imprudencia grave en relación al art. 363.3 del CP que castiga al productor, distribuidor o comerciante que ponga en peligro la salud de los consumidores traficando con géneros corrompidos, y en el que [observa la Audiencia Provincial de Pontevedra] el dolo se configura como el conocimiento por parte del sujeto activo de la idoneidad de la conducta para afectar a la salud o como conocimiento de la nocividad del producto; “por tanto, en este sentido, la aplicación al supuesto de autos del art. 367 CP resulta adecuada pues tras la valoración de la prueba practicada que no ha sido cuestionada, la Juzgadora concluye la falta de acreditación del conocimiento de esa nocividad. [Y concluye la Audiencia Provincial, rechazando la apreciación de dolo eventual:] Expuesto lo anterior, y limitado el análisis del elemento subjetivo a los extremos del recurso planteado por el Ministerio Fiscal que parte de que la evisceración manual de las piezas antes de su comercialización, al no garantizar un límite de toxicidad por debajo del legal, supone un riesgo aceptado por los acusados que cometerían el delito por dolo eventual, el recurso debe ser desestimado pues en el mismo se plantea un supuesto de hecho que no resulta de la sentencia de instancia pues no señala que la condena de los acusados por imprudencia grave se fundamente en la posible evisceración manual que llevarían a cabo posteriormente antes de la comercialización de las piezas, hipótesis en la que habría valorar la adecuada aplicación del tipo imprudente o doloso por dolo eventual como apunta el Ministerio Fiscal; pero aun entendiendo que la venta en las condiciones señaladas en la sentencia de instancia se realiza con infracción de las normas sanitarias relativas a la evisceración controlada, esta cuestión no ha sido valorada ni tampoco el posible conocimiento de la misma por parte de los acusados ni sus consecuencias en el ámbito de la imputación subjetiva, sin que proceda realizar interpretaciones extensivas en su perjuicio, siendo así que supondría una nueva valoración de la prueba practicada y la modificación de hechos probados que no han sido cuestionados y que no es posible realizar en esta segunda instancia”.

En ello coincidimos, con lo que manifiesta el Ministerio Fiscal en el recurso recogido en la citada SAP Pontevedra 30/2008, de 8 febrero.⁶³

la conducta de los acusados es dolosa, por dolo eventual, y no gravemente imprudente como sostiene la juzgadora *a quo*, ya que en relación con el elemento subjetivo del tipo, el mero hecho de que los acusados no conocieran el grado de toxicidad de las vieiras –pues lógicamente no las habían analizado– no implica que su conducta sea gravemente imprudente como considera la sentencia apelada, sino que entra en juego la figura del dolo eventual y ello porque en Galicia es notoriamente conocido que el tráfico de este molusco se encuentra sometido a control reglado por la Administración desde hace ya 15 años, de manera que al ser público y notorio que las vieiras deben ser necesariamente tratadas para su evisceración por las entidades reglamentariamente autorizadas a este fin, no puede compartirse que la evisceración artesanal constituya meramente la infracción grave de una norma objetiva de cuidado, sino que el sujeto actúa con temerario desprecio al grado de toxicidad que ésta pueda presentar tras la evisceración, lo que no le aparta de su propósito de ponerlas en el mercado.

Discrepamos, no obstante, de que dichos argumentos sean suficientes para fundamentar el dolo eventual si consideramos este delito como delito de peligro concreto, lo cual trataremos posteriormente.

La apreciación de imprudencia (consciente) en estos casos por parte de la jurisprudencia se debe a que –aun considerando estos delitos de peligro abs-

tracto– refieren la posibilidad de producción de la parte objetiva del hecho típico al peligro concreto, con la consecuencia de que dicha representación no integra –como debería ser– el dolo. Si el sujeto tiene conciencia o se representa la probabilidad de aptitud lesiva del objeto, su decisión de actuar no podrá evitar el resultado de peligro abstracto porque no cabe confiar con un mínimo fundamento en dicha evitación. Sólo tendría cabida aquí la imprudencia inconsciente en virtud de error: el sujeto no se representa la probabilidad de producción de la parte objetiva del hecho típico, siendo ésta (en tales supuestos) dicha idoneidad o aptitud lesiva del objeto, que daría lugar a imprudencia si el error fuera vencible, resultando impune en caso de error invencible. Pero, ciertamente, esto es difícilmente imaginable en estos casos de comercialización de vieiras sobre la base de su dinámica comisiva.

VI. El dolo y la imprudencia en los delitos de peligro concreto

1. El dolo

Se denominan delitos de peligro concreto aquellos que requieren que en el caso concreto se produzca un resultado de peligro real, constatable y verificable, para un objeto protegido por el tipo respectivo.⁶⁴ Para ello es preciso que la acción generadora del riesgo, por el acercamiento del curso de la puesta en peligro al objeto de la acción, haya creado el peligro inmediato o próximo⁶⁵ de lesión del bien jurídico, lo cual

⁶³ SAP Pontevedra 30/2008, de 8 febrero: “Frente a la sentencia dictada por la Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal nº 2 de Pontevedra en la que condena a Catalina, Héctor y José Ignacio como autores de un delito contra la salud pública por imprudencia grave de los art. 363.3 y 367 del CP, absolviéndolos de los delitos de los art. 363.2 y 363.5 del CP, el Ministerio Fiscal interpone Recurso de Apelación por aplicación indebida del art. 367 del CP interesando la revocación de la misma y en su lugar se dicte otra condenando a los penados como autores de un delito del art. 363.2 y 363.3 del CP por dolo eventual a la pena para cada uno de ellos de un año de prisión con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de seis meses a razón de seis euros diarios y ello en base a que entiende que la conducta de los acusados es dolosa, por dolo eventual, y no gravemente imprudente como sostiene la juzgadora *a quo*, ya que en relación al elemento subjetivo del tipo, el mero hecho de que los acusados no conocieran el grado de toxicidad de las vieiras, pues lógicamente no las habían analizado, no implica que su conducta sea gravemente imprudente como considera la sentencia apelada sino que entra en juego la figura del dolo eventual y ello porque en Galicia es notoriamente conocido que el tráfico de este molusco se encuentra sometido a control reglado por la Administración desde hace ya 15 años de manera que al ser público y notorio que las vieiras deben ser necesariamente tratadas para su evisceración por las entidades reglamentariamente autorizadas a este fin, no puede compartirse que la evisceración artesanal constituya meramente la infracción grave de una norma objetiva de cuidado sino que el sujeto actúa con temerario desprecio al grado de toxicidad que ésta pueda presentar tras la evisceración, lo que no le aparta de su propósito de ponerlas en el mercado. Concluye el escrito de recurso afirmando que existe dolo eventual porque en estos casos los sujetos nunca hacen ellos mismos los análisis del grado de toxicidad por carecer de medios técnicos para ello y asumen el riesgo de que queden restos de toxina en la vieira. Por las defensas de los acusados se impugna el recurso interesando la confirmación de la resolución recurrida”.

⁶⁴ Roxin, C., *Derecho penal. Parte general*, 1997, p. 404.

⁶⁵ Luzón Peña, D.M., *Curso de Derecho penal. Parte general I*, 1996, p. 314, considerando como tal, por ejemplo, la oferta de alimentos contraviniendo los requisitos legales sobre caducidad o composición, del art. 363.1 CP.

Comercialización de vieiras contaminadas

implica, en el ámbito al que nos referimos, la puesta a disposición del producto peligroso al consumidor.⁶⁶

La discutida cuestión acerca de cómo debe verificarse la concurrencia o ausencia de ese resultado de peligro concreto ha de basarse, en nuestra opinión, en la denominada teoría normativa del resultado de peligro, defendida por un relevante sector de la doctrina.⁶⁷ La idea rectora normativa para afirmar la existencia de un peligro concreto consiste en no poder confiar en forma objetivamente sensata o razonable en su evitación. De todas las hipotéticas circunstancias que podrían excluir el peligro concreto sólo serían admisibles las que respondieran a su previsibilidad objetiva. Por otra parte, dichas circunstancias o causas salvadoras pueden provenir no sólo de la víctima potencial (a la que suele referirse la doctrina, en el ámbito de la seguridad viaria), sino también del propio autor de la acción peligrosa. En los supuestos relacionados con el tema que nos ocupa, de comercialización de vieiras contaminadas, podrían darse ambos casos: puede evitar el peligro quien vende o sirve las vieiras, o el propio consumidor.

Lo señalado acerca del dolo y sus posibles clases en relación con los delitos de peligro abstracto es en cierta medida aplicable también aquí. No obstante, existe entre aquéllos y los delitos de peligro concreto una diferencia fundamental que afecta esencialmente al contenido del dolo y a la posibilidad de concurrencia de imprudencia consciente (e incluso de caso fortuito): a saber, que el peligro concreto (además de ser un elemento del tipo correspondiente que “ponga en peligro la salud de los consumidores”) es un “resultado” distinto de la acción peligrosa.

Por consiguiente, la comisión dolosa requiere, por una parte, que el sujeto conozca la concreta peligrosidad de su acción y la posibilidad de lesión del bien jurídico (elemento cognoscitivo) y, además, que quiera esa puesta en peligro concreto (elemento volitivo). Caben aquí tanto el dolo directo como el dolo eventual, pero siendo válida también aquí la observación,

antes señalada, de que el dolo de peligro no puede identificarse sin más con el dolo eventual de lesión.⁶⁸

2. La imprudencia

Frente a la opinión de que en todos los delitos de peligro es imposible su comisión por imprudencia consciente,⁶⁹ consideramos –de acuerdo con Luzón Peña⁷⁰ que ésta puede concurrir en los delitos de peligro concreto, porque en ellos no siempre se produce la identidad de dolo de peligro e imprudencia consciente de lesión, así como la vinculación forzosa de la conciencia del peligro con su aceptación y consiguiente imposibilidad de imprudencia consciente.

En los delitos de peligro concreto hay que partir de una identidad estructural con los delitos de lesión, pues tanto en aquéllos como en estos el resultado (de peligro o de lesión) es un elemento integrante del tipo. Y de ello se deriva precisamente su diferencia con los delitos de peligro abstracto (y su semejanza con los delitos de lesión) en lo que se refiere al contenido del dolo y a que la imprudencia consciente es diferenciable de aquel. El dolo requiere la conciencia de la posibilidad de que se produzca un peligro concreto, pero dicha conciencia no implica necesariamente (como en los delitos de peligro abstracto) la aceptación del resultado de peligro concreto, pues el sujeto (a diferencia de lo que sucede en los delitos de peligro abstracto, en los que no puede hacer nada en lo que pueda confiar para evitar dicho peligro, ya que la hipotética no producción del mismo dependerá sólo de factores ajenos a su control, por ejemplo, de la inidoneidad *ex ante* del objeto), en el caso concreto, puede confiar con un mínimo fundamento –objetivamente razonable, de acuerdo con la ya mencionada “teoría normativa” del resultado de peligro– en poder evitar ese resultado de peligro concreto de lesión: por ejemplo, mediante una actuación por su parte capaz de conjurar el peligro, en la cual tendría cabida incluso, si de los datos científicos así se deduce, la evisce-

⁶⁶ Esto es decisivo para la determinación de los grados imperfectos de ejecución, con las importantes consecuencias que de ello se derivan cuando concurre dolo y, mucho más, cuando concurriendo sólo imprudencia procede sobre aquella base la impunidad de la conducta.

⁶⁷ Cfr., en este sentido, Roxin, C., *Derecho penal. Parte general*, 1997, pp. 407 y s., y las opiniones allí recogidas de Schünemann, Wolter, Kindhäuser y Ostendorf.

⁶⁸ De otra opinión, Cuello Contreras, J., *El Derecho penal español. Parte general*, 2002, p. 537, quien, partiendo de un concepto naturalístico (no normativo) de peligro, entiende que “si en los delitos de peligro concreto se requiere la representación de una ley causal adecuada puesta en marcha por la acción del autor, lo que el autor del delito de peligro (concreto) se está representando (y haciendo) es lo mismo que se representa y hace el autor del delito de lesión”.

⁶⁹ Rodríguez Montañés, T., en Luzón Peña (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, 2002, p. 497.

⁷⁰ Luzón Peña, D.M., *Curso de Derecho penal. Parte general I*, 1996, p. 432.

ración manual o la depuración mínimamente adecuada de las vieiras tóxicas a cuerpo entero. Siguiendo el razonamiento de Luzón Peña,

cabe sostener que, como el peligro concreto es un resultado distinto de la propia acción peligrosa, el dolo requiere una aceptación de ese resultado, distinta de [adicional a] la simple conciencia de la posibilidad de producir ese peligro concreto; y por tanto, que, aunque sean infrecuentes, podría haber casos de conciencia sin aceptación del peligro concreto, casos en que el sujeto tenga conciencia de su actuación peligrosa –p.ej. una conducción temeraria– y de que con ella podría llegar a poner en peligro concreto bienes jurídicos ajenos –p.ej. de estar a punto de chocar con otro vehículo o atropellar a algún peatón–, y sin embargo confíe con un mínimo fundamento en poder evitar ese resultado de peligro concreto –en el ej. cit., que confíe en no cruzarse con otros vehículos o peatones, por ser corto el trayecto a hora y en lugar de poco tráfico, o confíe en poder separarse a tiempo de algún eventual vehículo o peatón dejando distancia suficiente para que no llegue a producirse siquiera un peligro concreto de lesión.⁷¹

Pues bien, si se parte de la base –como nosotros entendemos– de que todas las modalidades del art. 363 son delitos de peligro concreto, el planteamiento que se acaba de exponer es el que habrá que aplicar para determinar, en los supuestos de comercialización de vieiras contaminadas, si respecto de dicho peligro concreto existe dolo, únicamente imprudencia (en la cual tendrá cabida ya no sólo la inconsciente, sino también la consciente), o incluso caso fortuito.

3. *Análisis de los casos de la jurisprudencia*

Si se observan los supuestos que han llegado a la jurisprudencia relativos a la comercialización de vieiras contaminadas con biotoxina ASP, resultaría imposible prácticamente en la totalidad de los mismos referir el desvalor subjetivo del hecho al resultado de peligro concreto de la salud de los consumidores. Y ello por-

que (salvo en un caso en que podría resultar dudoso) en el momento en que se descubren los hechos no es posible afirmar que el bien jurídico haya entrado en el ámbito de eficacia de la acción típica peligrosa, pues aunque se da por probado en todos los casos que el destino de las vieiras era la venta para consumo humano, los agentes son interceptados con el producto tóxico, bien en el mar (en las propias bateas donde depositan los sacos con la vieira⁷² o a bordo de una embarcación donde la transportan),⁷³ en el puerto (durante la descarga)⁷⁴ o sus inmediaciones (portando los sacos),⁷⁵ o transportando el género en un vehículo.⁷⁶

Como se ve, en ninguno de estos casos cabe constatar la producción de un resultado de peligro concreto al que referir el desvalor subjetivo, pues el producto nocivo todavía no ha sido puesto a disposición del consumidor. El único supuesto de la jurisprudencia en que tal cosa podría ocurrir es el caso en que se descubren almacenadas en una cetárea 504 vieiras repartidas en cajas destinadas a la venta sin haber pasado los controles de evisceración.⁷⁷ Aquí podría (en su caso) afirmarse un peligro concreto si tales vieiras estaban en la cetárea a disposición de cualquiera que acudiera a comprarlas. Pero, precisamente, en esta resolución se castiga por delito consumado a los responsables de la cetárea, y en cambio se sanciona por delito intentado a otro sujeto que, en el momento de los hechos, se aproximaba a dicho establecimiento con un vehículo en el que portaba 244 unidades de molusco que (según recogen los hechos probados) “iba a vender a la cetárea”.

Esta solución, que es congruente con la comprensión del tipo como delito de peligro concreto, debería llevar a considerar todos los restantes supuestos anteriormente indicados, a lo sumo, como casos de tentativa (siempre que ello pudiera contemplarse, según el plan del autor, como principio de ejecución de una inmediata posterior venta o puesta a disposición de terceros, que aquél se proponga realizar a título personal).

No obstante, dejando ahora de lado las cuestiones relativas al *iter criminis* (que no podemos tratar aquí), la realización dolosa del tipo (consumado o intentado) en los casos de comercialización de vieiras con-

⁷¹ Luzón Peña, D.M., *Curso de Derecho penal. Parte general I*, 1996, p. 432.

⁷² Caso de la SAP Pontevedra 102/2006, de 13 septiembre.

⁷³ Caso de la SAP Pontevedra 79/2007, de 19 junio.

⁷⁴ Caso de la SAP Pontevedra 30/2008, de 8 febrero.

⁷⁵ Caso de la SAP Pontevedra 93/2005, de 17 junio.

⁷⁶ Caso de las SSAP Pontevedra 46/2004, de 30 de junio, (62/2004) de 21 de julio, (115/2005) de 9 de septiembre y 24/2008 de 7 de febrero.

⁷⁷ SAP Pontevedra 18/2006, de 16 de febrero (*vid. supra*, V. 3.).

Comercialización de vieiras contaminadas

taminadas exige que el *autor* abarque dolosamente la creación de un peligro concreto para la salud de los consumidores. Pensemos, por tanto, en los casos en que una persona pone directamente a disposición de los consumidores el producto nocivo; entendiendo que, por el contrario, quien colabora (extrayendo del mar, descargando, transportando, entregando, etc.) para que otro lo haga ha de responder como partícipe.

Así las cosas, y en cuanto al elemento cognoscitivo del dolo, el autor debe conocer o representarse primeramente las circunstancias que fundamentan la peligrosidad de la conducta. En los casos examinados (como ya se apuntó al hilo del análisis de los delitos de peligro abstracto) resultará relativamente sencillo afirmar este conocimiento, pues para ello bastaría con advertir que los procedimientos administrativos de control burlados han sido específicamente establecidos por razones de salud pública, extremo que ordinariamente conocen bien los mariscadores (y en general cualquier paisano) de las zonas de producción del molusco. Quien pone a la venta la vieira fresca (ilegalmente extraída) tal y como sale de su medio natural sabe que el producto en esas condiciones no es apto para su consumo. Aun cuando no esté al tanto de los niveles exactos de concentración de toxina, alcanza a comprender su nocividad.⁷⁸

Pero además de lo anterior (que bastaría para afirmar el dolo de peligro abstracto), es necesario que el autor conozca las circunstancias que dan lugar al estado de peligro concreto, advirtiendo la inseguridad sobre la capacidad de evitación de la lesión (probabilidad de lesión).⁷⁹ Y ésta es una exigencia adicional que habrá de probarse en cada caso.

Aplicado a nuestros ejemplos, hay dos resoluciones de la Audiencia Provincial de Pontevedra donde

se plantea la posibilidad de poder (o no) confiar en la eliminación del peligro para la salud, mediante la evisceración del producto antes de su consumo, aunque sólo en una de ellas entra el Tribunal a conocer de esta cuestión.⁸⁰ En ella (sentencia 102/2006, de 13 de septiembre), sostiene el Tribunal al respecto que:

Insisten los recurrentes en que tras eviscerar manualmente dichos individuos (retirada de hígado y páncreas) los niveles de toxicidad podrían, con muchas probabilidades, quedar dentro de los límites de lo permitido para el consumo humano –20 µg de ácido domoico por gramo de materia– y ello porque tal posibilidad es sólo eso; es decir, ni ha quedado acreditado que tras la retirada de dicha materia se redujera hasta tales límites la toxina, en cuanto que la verificación de esos valores requiere necesariamente un análisis posterior de la parte comestible (músculo y gónada) sin aquellas zonas no aptas para el consumo, ni que fueran a comercializar las vieiras ya limpias y sin ellas, sino que se deduce todo lo contrario; es decir, su comercialización a cuerpo entero, fuera de los cauces reglamentariamente establecidos con el fin de determinar su aptitud para el consumo y sin que se pueda presuponer que el usuario final conozca el proceso manual de evisceración a realizar antes de su consumo, contraviniendo pues la reglamentación en la materia como el propio Código Alimentario.

Los argumentos aportados no pueden compartirse por varias razones. De entrada, aun cuando es innegable que no se ha comprobado *ex post* la inocuidad del producto eviscerado (y, por cierto, tampoco entonces se ha comprobado *ex post* el peligro concreto como resultado de la acción), el juicio subjetivo sobre el peligro típico debe realizarse desde una perspectiva

⁷⁸ Podrían plantearse supuestos de exclusión del dolo por desconocimiento ya de este extremo, pero serían casos verdaderamente extraños. Así, por ejemplo, un extranjero que llega a Galicia con intención de ganarse la vida y que, ignorando por completo la situación, decide extraer libremente el marisco y venderlo luego en un puesto.

⁷⁹ Rodríguez Montañés, T., *Delitos de peligro*, 1994, pp. 161 y ss.

⁸⁰ No lo hace, en cambio, en la SAP Pontevedra 30/2008, de 8 de febrero (conociendo en apelación contra sentencia condenatoria por imprudencia grave en primera instancia), donde el Ministerio Fiscal alega en el recurso que “la evisceración manual de las piezas antes de su comercialización, al no garantizar un límite de toxicidad por debajo del legal, supone un riesgo aceptado por los acusados que cometerían el delito por dolo eventual”. El Tribunal, sin embargo, desestima el recurso con una extraña argumentación, a saber: “en el mismo (*scil.* recurso) se plantea un supuesto de hecho que no resulta de la sentencia de instancia pues no señala que la condena de los acusados por imprudencia grave se fundamente en la posible evisceración manual que llevarían a cabo posteriormente antes de la comercialización de las piezas, hipótesis en la que cabría valorar la adecuada aplicación del tipo imprudente o doloso por dolo eventual como apunta el Ministerio Fiscal; pero aun entendiendo que la venta en las condiciones señaladas en la sentencia de instancia se realiza con infracción de las normas sanitarias relativas a la evisceración controlada, esta cuestión no ha sido valorada ni tampoco el posible conocimiento de la misma por parte de los acusados ni sus consecuencias en el ámbito de la imputación subjetiva, sin que proceda realizar interpretaciones extensivas en su perjuicio, siendo así que supondría una nueva valoración de la prueba practicada y la modificación de hechos probados que no han sido cuestionados y que no es posible realizar en esta segunda instancia”.

ex ante. Y por tanto si desde la perspectiva *ex ante* el autor, pese a conocer la peligrosidad general de la conducta, confía con un fundamento mínimamente racional en que no se producirá el resultado de peligro (porque confía en evitarlo él mismo o porque es evitable con una actuación esperada del propio consumidor), no está actuando dolosamente.

Tampoco puede aprobarse la concepción subyacente en la argumentación, de que el mero conocimiento (aun eventual) de la peligrosidad de la acción suponga ya una aceptación del resultado de peligro concreto.

En consecuencia, quien vende las vieiras a determinados consumidores a los que conoce, y de los que, a su vez, sabe que están al tanto de la nocividad de la vieira a cuerpo entero y de las posibilidades de saneamiento con una adecuada evisceración manual, no abarca dolosamente el resultado de peligro concreto. No resulta por ello admisible con carácter general el argumento de la Audiencia de Pontevedra de que “no se pueda presuponer que el usuario final conozca el proceso manual de evisceración a realizar antes de su consumo”, pues en cada caso habrá que analizar si era racionalmente posible contar con esa posibilidad y confiar en ella.

Tampoco actuaría dolosamente quien sirve en su restaurante las vieiras una vez evisceradas y confiando fundadamente en que de esa forma resultan salubres.

Por el contrario, quien vende las vieiras a cualquiera, con la esperanza de que éste ya se informará por su cuenta, o de que ya retirará las partes tóxicas por mera cuestión estética, organoléptica o de presentación del alimento, no tiene posibilidad alguna de confiar fundadamente en la no producción del peligro, y por tanto estaría actuando con dolo –al menos– eventual (aun cuando aquellas circunstancias hubiesen felizmente evitado la lesión, pues de no ser así el sujeto respondería por el delito consumado de lesión).

El error sobre la eficacia del factor de control del peligro (error sobre la capacidad de evitación del resultado) dará lugar a supuestos de imprudencia consciente. La confianza en la posibilidad razonable de evitar el resultado puede resultar equivocada. Por ejemplo, porque en el caso concreto la evisceración no puede ser totalmente efectiva. Ello puede ocurrir si, en lugar de consumirse las vieiras frescas, se congelan enteras y se evisceran tras la descongelación (supuestos en los que la evisceración no resulta tan eficaz).

Los casos de imprudencia inconsciente serían más extraños. Serían casos de imprudencia inconsciente

aquellos en los que el autor ni siquiera conoce la potencialidad lesiva del producto (igual que en los delitos de peligro abstracto) y otros en los que, pese a conocer este extremo, ignora que las vieiras que proporciona serán destinadas al consumo humano (por ejemplo, porque suministra las vieiras a una empresa que se dedica a análisis químicos, creyendo erróneamente que serán utilizadas en ensayos de investigación, cuando en realidad serán distribuidas entre los empleados para su consumo).

VII. Conclusión

La problemática de la interpretación y aplicación de los delitos de fraude alimentario nocivo deriva ya de su misma consideración como delitos contra la salud pública y de la consiguiente dificultad de definir el bien jurídico protegido (de carácter individual o supraindividual), pero fundamentalmente de su configuración en el CP como delitos de peligro (sin que la técnica legislativa empleada deje suficientemente claro si se trata de delitos de peligro abstracto o concreto).

Los desarrollos y debates doctrinales que al respecto han surgido –y que por la obligada concisión de este trabajo sólo hemos podido recoger someramente– dan buena cuenta de las dificultades de interpretación que, como hemos constatado en los ejemplos jurisprudenciales examinados, se trasladan inevitablemente a su aplicación práctica.

Los supuestos reales analizados, de comercialización de vieiras con biotoxinas marinas, nos han permitido llegar a la conclusión de que en muchos casos la fundamentación de la condena penal desde una perspectiva estrictamente formal (por incumplimiento de la normativa administrativa) no satisface las exigencias de lesividad de la conducta, especialmente si –como aquí entendemos– el delito del art. 363 CP debe considerarse como delito de peligro concreto.

A ello se une, en cuanto a la fundamentación del desvalor subjetivo del hecho (doloso o gravemente imprudente), una escasa ponderación de los indicios sobre los que asentar una u otra conclusión, de lo que derivan en ocasiones conclusiones apresuradas o escasamente razonadas.

Es para nosotros un honor y una gran satisfacción haber podido contribuir con esta aportación al libro homenaje al profesor Mir Puig con motivo de su doctorado *Honoris Causa* por la Universidad de Alcalá, a quien manifestamos nuestro mayor afecto y admiración.

Estrategias legales frente a la criminalidad organizada en España*

Caty Vidales Rodríguez
Beatriz Larriba Hinojar

Universitat Jaume I
Inteligencia Económica y Seguridad Nacional

RESUMEN: En el presente trabajo, tras enmarcar la problemática que genera la criminalidad organizada, se hace referencia a la situación española y las estrategias legales adoptadas para hacerle frente. La reforma operada en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, incrimina nuevos comportamientos relacionados con organizaciones y grupos criminales toda vez que mantiene causas de exasperación punitiva por idéntico motivo en relación con algunas figuras. A ello se le une un patente interés por controlar todos los bienes que proceden de tales actividades. Sin embargo, la confusa situación que se produce no facilita la aplicación eficaz de la ley penal y puede suponer una afección a principios y garantías constitucionalmente reconocidos.

PALABRAS CLAVE: Delincuencia organizada, blanqueo, decomiso, determinación de la pena.

ABSTRACT: The general problem generated by the organized crime and the legal strategies taken to address it in Spain are dealt in the present article. The Organic Law 5/2010 of June 22 to amend the Criminal Code penalizes new standards of behavior with regard to groups and criminal organizations, in addition to an interest to control all the goods that they derive from these activities. However, the result of the complexities of law-making is to muddy the waters so that the criminal law is difficult to enforce effectively. In addition, the enforcement of this law may affect constitutional guarantees and principles.

KEY WORDS: Organized crime, money laundering, seizure, determination of penalty.

SUMARIO: I. El crimen organizado en el panorama internacional. II. La delincuencia organizada en España. III. Estrategias legales frente a la delincuencia organizada. IV. Conclusiones. Bibliografía.

Rec: 2-03-2015 | Fav: 4-06-2015

* El presente artículo es uno de los resultados del proyecto de investigación titulado "Tráfico de drogas y delincuencia conexa", que ha sido financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Ref. DER2011-299945).

I. El crimen organizado en el panorama internacional

Una de las manifestaciones de la delincuencia que más preocupación genera en la comunidad internacional es la llamada delincuencia organizada. La inquietud por este fenómeno queda reflejada en la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, que se firmó en Palermo en diciembre de 2000. No es para menos si se tiene en consideración la gravedad de los delitos cometidos, los medios especialmente repudiados que se emplean y los considerables efectos perniciosos de este fenómeno, entre los que el propio texto internacional destaca las repercusiones económicas y sociales.¹

Así se explica, de un lado, que en la definición que se proporciona de grupo delictivo organizado se exija, además de otros requisitos, que la comisión de delitos vaya dirigida a la obtención de beneficios económicos u otro tipo de beneficio de orden material.² Y, de otro, que se guarde especial celo en la adopción de medidas tendentes a asegurar el decomiso y la incautación de los bienes ilícitamente obtenidos. De este modo, se insiste en la línea inaugurada por la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, firmada en Viena el 20 de diciembre de 1998, que, como es sabido, se centra en el control de los beneficios económicos del narcotráfico para que, por una parte, la privación de las ganancias sirva de incentivo al abandono de las actividades delictivas y, por otra, pueda facilitar la persecución de los responsables de las mismas por medio del denominado “rastros” o “huella” del dinero.

En consecuencia, no debe extrañar el protagonismo alcanzado por el delito de blanqueo de capitales, habida cuenta de la estrecha conexión que existe entre la delincuencia organizada y esta figura.³ Los datos que se manejan justifican, sin duda, la alarma generada. Con la cautela que impone la dificultad de manejar cifras fiables al respecto, baste pensar que se estima que a nivel mundial se blanquean unos 600 000 millones de dólares de procedencia ilícita por año⁴ y, según cálculos del Fondo Monetario Internacional, entre el 2% y el 5% de la economía mundial procede del lavado;⁵ cantidades que podrían ser incluso superiores según se recoge en el documentado trabajo de Abel Souto, aunque, como señala el citado autor, es prácticamente imposible aportar números exactos.⁶ A ello hay que añadir las extraordinarias dificultades de distinguir la economía legal de la ilegal. En atención a las cifras barajadas por Curbert, en los mercados financieros se mueven 1.3 billones de euros diarios mientras que las exportaciones mundiales de bienes y servicios no sobrepasan los 18 000 euros al día, por lo que, como puede verse, el flujo de capitales está completamente desconectado de la economía real. De ahí que sea fácil inferir que la economía legal y la delictiva aparecen imbricadas de tal modo que utilizan los mismos mecanismos y comparten, asimismo, idénticas técnicas.⁷ Se crea así una economía virtual en la que “una infinidad de sociedades pantalla, de bancos infiltrados por organizaciones criminales, de empresas ficticias o bajo control mafioso comercian, intercambian y trafican entre sí, dando la falsa impresión de una racional armonía, en la que cada operación tiene su credibilidad natural”.⁸ En este contexto, y atendidas las distorsiones económicas que produce la inyección de bienes de procedencia ilícita en el flu-

¹ Disponible en <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

² Según consta en el apartado a) del artículo 2, 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.

³ Pone de manifiesto este vínculo Ferré Olivé, J.C., “Blanqueo de capitales y criminalidad organizada”, en Ferré Olivé, J.C., y Anarte Borrillo, E. (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999, pp. 85 y ss.

⁴ Según datos extraídos de un estudio realizado por Merrill Lynch y citado por Braslavsky, G., “Jaque a los paraísos fiscales”, disponible en http://www.forodeseguridad.com/artic/discipl/disc_4011.htm

⁵ International Monetary Fund, “Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism (AML/CFT)-Report on the Review of the Effectiveness of the Program”, 2011.

⁶ Abel Souto, M., “Volumen mundial del blanqueo de dinero, evolución del delito en España y jurisprudencia reciente sobre las últimas modificaciones del Código Penal”, *Revista General de Derecho Penal* 20 (2013), pp. 2 y ss.

⁷ Curbert, J., “La criminalización de la economía y la política”, *Revista Gobernanza y Seguridad Sostenible*, 2004. Disponible en www.iigov.org

⁸ Curbert, J., *ibid.*

jo de la economía legal,⁹ no parece exagerado calificarla de auténtica amenaza.¹⁰

Ante la seriedad del riesgo, también en el ámbito europeo se han adoptado diversas medidas. De cita obligada resulta la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada.¹¹ Este texto, como ya hiciera la aludida Convención, enfatiza la obtención de rendimientos económicos.¹² Ello explica que la mayor parte de esfuerzos hayan ido dirigidos a prevenir y sancionar el blanqueo de capitales¹³ y a controlar el producto del delito.¹⁴ En cualquier caso interesa destacar que la amplia actividad desplegada puede quedar justificada si se toma en consideración que la delincuencia organizada constituye uno de los mayores desafíos para la seguridad de la Unión Europea, como se refleja en la Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea del año 2010. Lo cierto es que, a pesar de que se han conseguido importantes logros, puestos de manifiesto en el Informe Final sobre la Aplicación de la Estrategia de Seguridad Interior de la UE 2010-2014,¹⁵ no parece que pueda augurarse una pronta solución a tan grave problemática. El último informe anual de la Agencia Europea de Policía (Europol) sobre evaluación de la amenaza de la delincuencia grave y organizada (SOCTA 2013) no permite el optimismo al estimar que hay 3 600 grupos inter-

nacionales, en activo implicados en una amplia gama de delitos entre los que destaca el tráfico de drogas.¹⁶

Evidentemente, España no podía eludir seguir los dictados de la política criminal adoptada a nivel supranacional. En el necesario respeto a los compromisos adquiridos debe verse la razón de algunas de las modificaciones introducidas en el Código Penal por medio de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y que afectan al tema del que venimos tratando. No obstante, con carácter previo al análisis de las mismas, se impone hacer una referencia, necesariamente escueta en esta sede, a la incidencia que el crimen organizado tiene en nuestro país; tarea ésta que se acomete a continuación.

II. La delincuencia organizada en España

Las palabras con las que comienza el capítulo dedicado a la “Lucha contra el Crimen Organizado” del Informe Anual de Seguridad Nacional de 2013, elaborado por el Departamento de Seguridad Nacional, constatan el grado de preocupación que genera en nuestro país este fenómeno. Así es por cuanto se afirma que

España es uno de los países europeos en los que las organizaciones criminales de carácter transnacional pretenden, de forma significativa, extender sus actividades

⁹ Sobre los efectos económicos del lavado, puede verse, Del Cid Gómez, J.M., “Detección del blanqueo y sus efectos socioeconómicos”, en Abel Souto, M., y Sánchez Stewart, N. (coords.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 43 y ss.; Peláez Ruiz-Fornells, A.F., “De los rendimientos ilícitos a su legitimación: el fenómeno del blanqueo de capitales. Efectos e implicaciones de política económica”, tesis doctoral disponible en <http://eprints.ucm.es/21659/1/T34459.pdf>; Quirk, P.J., “Money Laundering: Muddying the Macroeconomy”, *Finance & Development*, 1997, pp. 7-9.

¹⁰ Sanmartín, J.J., “Los alquimistas de mal. Servicios de inteligencia frente al terrorismo global”, *Revista Electrónica AAInteligencia*, 2009/11; disponible en <http://www.aainteligencia.cl/?p=255>

¹¹ El texto íntegro se puede consultar en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:300:0042:0045:ES:PDF>

¹² En efecto, según la definición de “organización delictiva” que proporciona el artículo 1, habrá de entenderse por tal “una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un periodo 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 de 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”.

¹³ Hasta la fecha, se han aprobado tres directivas sobre la materia (Directiva 91/308/CEE del Consejo de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales; la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de diciembre de 2001, por la que se modifica la anterior; y, finalmente, la Directiva 2005/60/CE del Parlamento y del Consejo de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo) y, en estos momentos, se haya en fase de tramitación una cuarta.

¹⁴ Al respecto, cabe destacar el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito de 1990 o Convenio de Estrasburgo, la Acción común 98/699/JAI, de 3 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, y la Decisión marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito y, por último, la reciente Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea.

¹⁵ Disponible en [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/com/com_com\(2014\)0365_/com_com\(2014\)0365_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/com/com_com(2014)0365_/com_com(2014)0365_es.pdf)

¹⁶ Puede accederse al documento completo a través del siguiente enlace: <https://www.europol.europa.eu/content/eu-serious-and-organised-crime-threat-assessment-socta>

Estrategias legales frente a la criminalidad organizada en España

ilícitas. Con el paso del tiempo estas estructuras han experimentado un acusado desarrollo en lo relacionado con sus actividades y con el grado de expansión e implantación conseguido, por lo que suponen una amenaza para la Seguridad Nacional.

En atención a la situación que refleja el balance de la lucha contra el crimen organizado facilitado por el Ministerio de Interior en julio de 2014,¹⁷ durante 2013 se detectaron 497 grupos de los que se han desarticulado un total de 260, es decir, el 52%, y de las 17 358 personas investigadas por hechos relacionados con la delincuencia organizada, 6 292 han sido detenidas. De los datos publicados destaca que un alto porcentaje de estos grupos —el 83%— tienen una trayectoria delictiva inferior a tres años y, asimismo, la internacionalización de tales agrupaciones, ya que el 73% está compuesto por personas de más de una nacionalidad, mientras que el 67% tiene una presencia internacional.

La principal actividad a la que se dedican estas asociaciones delictivas es el tráfico de drogas que, como también se reconoce en ese mismo documento, es una de las siete prioridades operativas en la estrategia española contra el crimen organizado. La especial incidencia que esta modalidad delictiva tiene en nuestro país obedece a la posición geográfica y estratégica que lo convierten en un enclave de especial interés para quienes se dedican a estos quehaceres. No sorprende, por tanto, que el Informe sobre la Estrategia Internacional de Control de Narcóticos del Departamento de Estado de los Estados Unidos (*International Narcotics Control Strategy Report*), publicado en marzo de 2014, indique que España continúa siendo un punto de tránsito de drogas hacia el resto de Europa. De hecho, el director de la Policía Nacional, en su intervención en la Asamblea de Interpol contra el Crimen Organizado en América Latina, señaló que “un tercio de la cocaína que se incauta en toda Europa y tres cuartas partes del hachís lo intervienen las Fuerzas de Seguridad españolas”.¹⁸

A esto se le une otro factor no menos relevante y que debe verse con igual inquietud. Nos referimos a la permeabilidad de nuestro sistema económico y financiero para blanquear los capitales ilícitamente obtenidos. En ese sentido, cabe señalar que, como se

afirma en la referida Estrategia Internacional, España es el mayor centro de actividades de blanqueo de Europa. Las razones que explican el incremento de las operaciones de lavado obedecen, según refleja el Informe Anual de Seguridad Nacional, a la aludida situación geoestratégica, al crecimiento económico y a la libre circulación de personas, mercancías y capitales dentro del ámbito de la Unión Europea. Se apunta, finalmente, a la probabilidad de que incida “una mayor laxitud en el ámbito de la represión penal que en otros países”.

Ello motiva que sea este último aspecto en el que quisiéramos detenernos. No cabe duda de que, ante la seriedad de la amenaza, uno de los posibles ámbitos de actuación es el legislativo. En este sentido, se hace preciso señalar que en la comparecencia en la lucha contra el crimen organizado del Ministro del Interior de 2 de noviembre de 2010 se vertebraba la respuesta estratégica en cinco ejes, constituyendo el perfeccionamiento legislativo uno de ellos. Es, precisamente, en este contexto en el que se enmarca la mencionada modificación del texto punitivo a la que se ha hecho referencia.

Ni qué decir tiene que las reformas introducidas pretenden adaptar la legislación a las nuevas formas de delincuencia. Y, aunque se reconoce que loable es la intención, pudieran no merecer un juicio positivo las concretas decisiones político-criminales adoptadas. A no otra conclusión conduce el examen conjunto de todas las medidas introducidas ya que pone de manifiesto que existen serias razones para discrepar del tratamiento jurídico-penal que se le da a esta problemática. Veamos por qué.

III. Estrategias legales frente a la delincuencia organizada

Las medidas adoptadas para hacer frente a esta tipología delictiva pueden agruparse en función de que incriminen determinados comportamientos o que, en cambio, estén relacionados con los bienes que tienen su origen en una actividad delictiva. En el primer supuesto, a su vez, cabe distinguir los delitos de pertenencia a organización o grupo criminal y las causas específicas de agravación que contienen algunas fi-

¹⁷ Puede consultarse en http://www.interior.gob.es/documents/10180/1207668/Bal_CICO_crimen_organizado_2013.pdf/b7cc99ce-a05f-4389-bd86-1fa7a9f20694

¹⁸ Puede consultarse la noticia en http://www.policia.es/wap/prensa/20140904_2.html

guras. Por lo que respecta a los bienes, también son posibles dos hipótesis: la represión del denominado blanqueo de capitales, y la privación de los mismos a través de la facultad ampliada de decomiso. Con el fin de conseguir una mayor claridad expositiva, hemos considerado oportuno referirnos a todas ellas por separado.

1. Los delitos referidos a organizaciones y grupos criminales

Como ya se indicó, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, supone un sustancial cambio respecto del tratamiento que se le dispensa al fenómeno asociativo en España. Con anterioridad, además de los supuestos de codelinuencia, y dejando a un lado el tratamiento diferenciado que se le dispensa a las organizaciones terroristas, el tipo por aplicar era el de asociación ilícita; figura ésta que, pese a la incriminación expresa de las conductas relacionadas con organizaciones y grupos criminales, se ha optado por mantener en el artículo 515 del Código Penal, por lo que se produce ya un primer solapamiento.¹⁹

La citada ley introduce un nuevo capítulo en el título dedicado a los atentados contra el orden público. La razón de esa ubicación, según consta en la Exposición de motivos, no es otra que la de alterar lo menos posible la estructura del Código. A ello se le une el convencimiento, también expresamente puesto de manifiesto, de que afectan a dicho bien jurídico si se toma en consideración 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 aquéllas, en lo posible dentro de una falsa apariencia de conformidad con la ley, alterando a tal fin el 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.

De esta manera, y siguiendo con la justificación ofrecida,

la seguridad jurídica, la vigencia efectiva del principio de legalidad, los derechos y las libertades de los ciudadanos, en fin, la calidad de la democracia, constituyen de este modo objetivos directos de la acción destructiva de estas organizaciones. La reacción penal frente a su existencia se sitúa, por tanto, en el núcleo mismo del concepto de orden público, entendido éste en la acepción que corresponde a un Estado de Derecho, es decir, como núcleo esencial de preservación de los referidos principios, derechos y libertades constitucionales.

Pues bien, con el fin de preservar tan altos intereses, se introducen tres nuevos artículos, que responden a la siguiente estructura: el 570 *bis* incrimina las conductas relacionadas con las organizaciones criminales; el 570 *ter* se refiere a los grupos criminales; y, por último, el 570 *quéter* contiene disposiciones comunes a ambos preceptos.

El primero de ellos castiga a quienes promuevan, constituyan, organicen, coordinen o dirijan una organización con penas de prisión de cuatro a ocho años, si se tratase de delitos graves o de tres a seis años en el resto de casos. Si, por el contrario, constituyen supuestos de mera pertenencia o de actos de cooperación, la pena privativa de libertad oscilará entre dos y cinco años, para las infracciones más severas, y de uno a tres para las demás infracciones. A estos efectos, se entiende por organización criminal, según el párrafo segundo del número primero de este artículo, la *agrupación formada por dos o más 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 o la perpetración reiterada de faltas.*

Por cuanto se refiere a los grupos criminales, éstos se definen por exclusión; esto es, cuando la unión

¹⁹ Sobre la confluencia de estas figuras, puede verse, Faraldo Cabana, P., “Sobre los conceptos de organización criminal y asociación ilícita”, en Villacampa Estiarte, C. (coord.), *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*, Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 45 y ss. Quintero Olivares, G., “Organizaciones y grupos criminales en el Derecho penal de nuestro tiempo”, en Villacampa Estiarte, C. (coord.), *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*, Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 37 y ss.

Estrategias legales frente a la criminalidad organizada en España

de dos o más personas no revista las características exigidas para ser considerada organización criminal y se tenga por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión reiterada de faltas. Desde otra perspectiva, cabe destacar que, a diferencia del proceder legislativo en relación con las organizaciones, no se distingue a efectos penológicos la mayor o menor contribución personal. De esta manera, la pena únicamente se modula atendiendo a la naturaleza y gravedad de los delitos cometidos. Así, de tratarse de delitos contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la indemnidad y libertad sexuales o la trata de seres humanos, la pena será de dos a cuatro años de prisión si el delito fuera grave y, de uno a tres, en otro caso. Si la finalidad del grupo es cometer un delito distinto, la sanción oscilará entre seis meses y dos años, de merecer éste la calificación de grave, y de tres meses a un año si fuese menos grave y no estuviere incluido en el apartado a). La misma respuesta penal ha de recibir la perpetración reiterada de faltas. En ese caso, deberá imponerse la pena en su mitad inferior, salvo que se trate de la reiteración de faltas de hurto, supuesto éste que autoriza a recorrer la pena en toda su extensión.

Además, tanto en relación con las organizaciones como con los grupos se podrán imponer las penas en su mitad superior de concurrir los supuestos previstos en los apartados segundos de los artículos 570 *bis* y 570 *ter*, respectivamente. Esto es, cuando la organización o el grupo criminal esté compuesto por un elevado número de personas, cuando disponga de armas o instrumentos peligrosos o cuando tenga a su alcance 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 sus culpables. Si, lo que no será infrecuente, concurren dos o más de estas circunstancias, la pena se elevará en un grado.

En cuanto a las consecuencias que, con carácter común, contiene el artículo 570 *quáter*, cabe hacer mención de que los jueces y tribunales deberán acordar la disolución de la organización o grupo y, en su caso, impondrán cualquiera de las consecuencias previstas en los artículos 33.7 y 129. Por tanto, a las medidas contempladas en los apartados b) a g) del primero de los artículos citados debe sumársele la posibilidad contemplada en el apartado a) de dicho precepto –multa por cuotas o proporcional– y la opción de acordar la prohibición definitiva de llevar a

cabo cualquier actividad, aunque sea lícita, a la que se refiere el apartado primero del artículo 129.

Por otro lado, el apartado segundo del precepto que se comenta prescribe acompañar la pena correspondiente de una inhabilitación especial para todas aquellas actividades económicas o negocios jurídicos relacionados con la actividad de la organización o grupo criminal o con su actuación en el seno de los mismos. La duración de tal medida será de entre seis y 20 años superior a la de la pena privativa de libertad; plazo que ha de determinarse en atención a la gravedad del delito, al número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

Consciente de los futuros problemas que la incriminación de estas conductas pudiera generar en relación con los preexistentes subtipos agravados por este motivo que contienen algunas figuras, el legislador resuelve el concurso normativo haciendo uso, para ello, del principio de consunción relativa o impropia que, como es sabido, hace preferible el precepto penal que contempla la pena más grave (art. 8.4). Lógicamente, la asunción de esta regla de solución del conflicto obliga al juzgador a comparar las consecuencias penales de los artículos en colisión.

Por su parte, el apartado tercero del artículo 570 *quáter* extiende la aplicación de las disposiciones del Capítulo VI del Título XXII a las organizaciones o grupos criminales que *lleven a cabo cualquier acto penalmente relevante en España, aunque se hayan constituido, estén asentados o desarrollen su actividad en el extranjero*. Previsión que parece encontrar justificación en la internacionalización que caracteriza, en algunos casos, este tipo de delincuencia. Finalmente, el último apartado del referido precepto permite la rebaja de la pena en uno o dos grados cuando se haya producido un abandono voluntario de las actividades y pueda apreciarse una colaboración activa con las autoridades o sus agentes, bien para la obtención de pruebas que permitan identificar o capturar a otros integrantes o para impedir la actuación o desarrollo de tales asociaciones, bien para evitar la comisión de nuevos delitos. Se trata, como se ve, de una atenuante cualificada que se inscribe en las técnicas premiales previstas en relación con otras manifestaciones de la delincuencia, como el terrorismo (art. 579.4), el tráfico de drogas (art. 376) y, más recientemente, en el ámbito de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (arts. 305.6, 307.5 y 308.7).

2. Las causas de agravación específica por pertenencia a asociación, organización o grupo criminal

La introducción de estos nuevos delitos no ha sido óbice para mantener, e incluso, incrementar el número de figuras que contemplan como causa de exasperación punitiva la pertenencia a asociaciones, organizaciones o grupos criminales. En efecto, así ocurre, por ejemplo, en relación con los delitos de trata de seres humanos (art. 177 bis 6), pornografía infantil (art. 183.4), prostitución (arts. 187.4 y 188.4) o relativos a la propiedad intelectual e industrial –artículos 271 c) y 276 c), respectivamente–.

Pero, sin duda, en el ámbito en el que esta técnica legislativa adquiere mayor relevancia es en los delitos relacionados en el tráfico ilícito de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Así es por cuanto la Ley Orgánica 5/2010 altera significativamente el régimen legal de que había sido objeto el fenómeno asociativo en relación con este ámbito de la delincuencia. Además, el hecho de que esta actividad constituya, como hemos tenido ocasión de ver, la dedicación preferida por los sindicatos del crimen, justifica un comentario más detenido.

El nuevo artículo 369 bis del Código Penal establece una penalidad propia para quienes pertenecen a una organización delictiva. Se abandona así el criterio de considerar la pertenencia a una organización como un subtipo agravado, aunque la pena, eso sí, deber fijarse con idéntico proceder al seguido en relación con la modalidad básica; esto es, distinguiendo en función de la nocividad de la sustancias. Por obvias razones, lo que no ha experimentado cambio alguno es el castigo más severo que debe imponerse a quienes ostenten una responsabilidad mayor en el seno de tales asociaciones y, más concretamente, el precepto se refiere a los jefes, encargados o administradores de las mismas.

Además, se conserva como motivo de exasperación punitiva el hecho de que el culpable participe en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito (art. 369.1.2^a). La inclusión de este supuesto por medio de la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, fue consecuencia de la necesaria adopción de las medidas a las que

obligaba la ratificación de la Convención de Naciones Unidas sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, realizada en Viena el 20 de diciembre de 1988. A los reparos que ya entonces ofrecía esta posibilidad, vienen ahora a sumarse nuevas razones para cuestionar la necesidad y conveniencia de esta disposición. Al respecto, téngase en cuenta que, de entenderse que esas otras actividades organizadas a las que alude el precepto han de ser delictivas –como así era hasta la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre– el solapamiento con las nuevas figuras que se introducen en relación con la delincuencia organizada es inevitable y, en tal caso, el respeto al *ne bis in idem* supondrá la práctica inaplicación de dicha agravante. Ahora bien, el principio de vigencia obliga a buscar una interpretación distinta viéndonos forzados, entonces, a concluir que esas otras actividades organizadas a las que se alude no han de ser delictivas. No obstante, tampoco se trata de una exégesis exenta de problemas porque, de ser así, además de no ajustarse al texto normativo internacional que le sirve de precedente, puede coincidir con el supuesto contemplado en el artículo 370 del Código Penal que se refiere a la simulación de operaciones de comercio internacional entre empresas. Por último, como se apunta en la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/200, de 31 de marzo,²⁰ conduce a resultados desproporcionados e, incluso, absurdos. Por su parte, el artículo 370 permite elevar la pena en uno o dos grados a los responsables de tales organizaciones.

Siguiendo con las previsiones contenidas en el último de los artículos citados, hay que decir que los mismos efectos penológicos surtirán la consideración de los hechos como de extrema gravedad, mereciendo tal consideración, entre otros supuestos, las redes internacionales dedicadas a este tipo de actividad. El fundamento de la agravación no es otro que la mayor peligrosidad que supone esta proyección internacional, pero atendiendo al concepto amplio de organización y de grupo criminal que se acoge, se hace inevitable resolver la confluencia normativa que se produce debiendo optarse, según se desprende de la Circular 3/2011 de la Fiscalía General del Estado,²¹ por la sanción más severa.

Por último, el apartado segundo del artículo 371, en referencia esta vez a los denominados precursores,

²⁰ Puede consultarse en <http://www.pnsd.msc.es/Categoria2/legisla/pdf/legislaF7.pdf>

²¹ Texto íntegro en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2012_vol1_circu_03.pdf?idFile=77180d36-49d0-4841-8af4-b1a3baed5109

Estrategias legales frente a la criminalidad organizada en España

constituye una nueva muestra del afán punitivo que caracteriza la política criminal relacionada con estas manifestaciones de la delincuencia. En su virtud, la pena prevista —prisión de tres a seis años, más multa del tanto al triplo del valor de los bienes— ha de imponerse en su mitad superior en caso de pertenencia a una organización o asociación. Y, en el supuesto de que el sujeto ostente alguna función de responsabilidad, corresponderá elevarla en un grado; esto es, de seis a nueve años. Además, se impondrá la inhabilitación del reo para el ejercicio de su profesión o industria durante un tiempo mínimo de tres años y un máximo de seis.

3. El delito de blanqueo de capitales

Tampoco el delito de blanqueo o lavado de capitales ha podido sustraerse de ser objeto de un importante cambio que afecta lo dispuesto en el primer apartado del artículo 301 del Código Penal. Dos son las novedades a las que cabe hacer referencia. En primer lugar, la reincorporación como modalidades típicas, de la posesión y utilización de bienes que procedan de una actividad delictiva y, en segundo lugar, la admisión expresa del llamado autoblanqueo.

Reconociendo que en modo alguno ésta es la sede adecuada para abordar los sustanciales problemas que genera una configuración típica como la que se confiere al referido precepto,²² no nos resistimos, sin embargo, a poner de manifiesto que se opta por un concepto desnaturalizado de blanqueo en el que no todos los comportamientos incriminados suponen necesariamente un distanciamiento del bien respecto de

su delictivo origen ni, del mismo modo, tiene por qué conllevar la inyección de estos capitales al flujo de la economía legal.

Con todo, la cuestión más polémica es la que se refiere al autoblanqueo; es decir, a la posibilidad de castigar al autor del delito del que los bienes proceden por ambas infracciones. Ciertamente, se trata de un aspecto en el que no es fácil llegar a un consenso;²³ de hecho, con anterioridad a esta previsión expresa, existía una jurisprudencia contradictoria²⁴ que no hace sino reflejar la dificultad de hallar una solución plenamente satisfactoria.

Por la atingencia con el tema que nos ocupa, interesa destacar que también este delito contiene una modalidad agravada, prevista en el primer apartado del artículo 302 del Código Penal, para el caso de que el sujeto pertenezca a una organización. De este modo, y atendiendo al tenor literal del precepto, sería posible hacerle responder por la pertenencia a la asociación criminal, por la actividad delictiva cometida en su seno y por el lavado de capitales procedente de la misma. A ello se le suma, como hemos tenido ocasión de ver, la posibilidad de que el concreto delito contemple como causa específica de agravación la pertenencia a un entramado asociativo. El respeto al principio de *ne bis in idem* pasa, en tales supuestos, por elegir, como también ha quedado dicho, el precepto que suponga unas consecuencias más severas, lo que obliga a complejos cálculos penológicos —especialmente complejos en relación con el delito de tráfico ilícito de drogas tóxicas, psicotrópicos y sustancias estupefacientes—²⁵ que poco contribuyen a facilitar la labor del juzgador

²² Sobre estas cuestiones, puede verse Vidales Rodríguez, C., “Blanqueo, ¿qué es blanqueo?”, *Revista General de Derecho Penal*, vol. 18, 2012.

²³ Para mayor detalle, véase Díaz y García Conlledo, “El castigo del autoblanqueo en la reforma penal de 2010. Autoría y participación en el delito de blanqueo de capitales”, en Abel Souto, M., y Sánchez Stewart, N. (coords.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 281 y ss.; Faraldo Cabana, P., “Antes y después de la tipificación expresa del blanqueo de capitales”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014; Matallín Evangelio, A., “El ‘autoblanqueo’ de capitales”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 20, 2013; Quintero Olivares, G., “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2010; disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-r2.pdf>; Vidales Rodríguez, C., “Blanqueo...”, *op. cit.*, pp. 15 y ss.

²⁴ En efecto, hay Sentencias —como la SSTS de 10 de enero de 2000, de 19 de febrero de 2002 o de 17 de junio de 2005— en las que el Tribunal Supremo mantiene la imposibilidad del castigo por blanqueo al autor del delito del que los bienes deriva al considerarlo un supuesto de autoencubrimiento impune. En otras, en cambio, matiza esta conclusión y afirma que para impedir la doble imposición ha de apreciarse una identidad absoluta entre la comisión del delito y los bienes que, procediendo de éste y no de otras actividades delictivas anteriores, son objeto de blanqueo (STS de 28 de julio de 2001). Finalmente, en otras ocasiones, invoca razones teleológica y de eficacia para estimar un concurso real de infracciones (STS de 21 de diciembre de 2005). Y, este último, es el criterio que se adopta en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 18 de julio de 2006, en el que se afirma que el artículo 301 “no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente”.

²⁵ Sobre el entramado normativo que se produce, puede verse Méndez Rodríguez, C., “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, pp. 511 y ss.; Suárez López, J.M., “El tratamiento de la criminalidad organizada en el tráfico de drogas”, en González Rus, J.J. (dir.), *La criminalidad organizada*, Tirant lo

y, por otro lado, dificultan considerablemente la previsibilidad de la respuesta jurídica.

4. El decomiso ampliado o facultad ampliada de decomiso

El segundo párrafo del artículo 127.1 del Código Penal obliga al Juez o Tribunal a ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos, continúa el referido precepto, se entenderá que proviene de tal actividad el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas. En otros términos, y por cuanto aquí interesa destacar, bastará una condena por un delito vinculado al crimen organizado para decomisar todos los bienes que no guarden proporción con los ingresos de procedencia lícita. En consecuencia, estamos ante una medida que se ancla en la convicción de que el principal fin de la delincuencia organizada es la obtención de rendimientos económicos y que, por tanto, la neutralización del producto de sus actividades constituirá una razón fundamental para el abandono de las mismas.

Ni qué decir tiene que, una vez probada la relación del sujeto con una organización o grupo criminal, y constatado, asimismo, un patrimonio desmedido respecto de sus ingresos legítimos, no es difícil inferir que éstos puedan tener su origen en una actividad delictiva. Ahora bien, la concreta fórmula legislativa empleada, ayuna de ulteriores requisitos, no resulta especialmente respetuosa con algunos principios constitucionalmente reconocidos como el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho a guardar silencio, el principio de proporcionalidad e, incluso, el principio *ne bis*

in idem,²⁶ restricciones que parecen autorizadas porque el decomiso no merece formalmente la consideración de pena en nuestro ordenamiento, aunque, desde luego, no se trata de un extremo exento de polémica.

IV. Conclusiones

Pocas dudas pueden albergarse respecto de que la criminalidad organizada es un problema complejo que, como tal, requiere de una respuesta integral. En el contexto internacional, ciertamente, son muchos los aspectos susceptibles de mejora. Así, dada la transnacionalización del fenómeno, resulta fundamental el intercambio de información en tiempo real entre todos los Estados, agencias y demás actores. Convendría, asimismo, la mejora de los métodos de los servicios de inteligencia. Como ya tuvimos ocasión de señalar en otro lugar, un compromiso sólido para contrarrestar la amenaza que suponen este tipo de organizaciones, pasa por una necesaria aproximación más global y holística al estudio integrado de una respuesta legal, preventiva y estratégica, basada en un análisis proactivo que tenga muy en cuenta la falta de efectividad de la política criminal seguida en esta materia.²⁷

Es, precisamente, este ámbito y por lo que a España se refiere, al que urge darle un nuevo enfoque. Como a lo largo de estas consideraciones ha quedado expuesto, la caótica regulación actual, caracterizada por el evidente solapamiento de preceptos destinados a sancionar cualquier comportamiento mínimamente relacionado con las asociaciones, organizaciones o grupos criminales, a los que se suman los subtipos agravados por idénticos motivos que contienen determinadas figuras, provoca una laberíntica aplicación de la ley penal. Al respecto, piénsese que se forma un intrincado complejo normativo entre todos estos delitos y la casi infinita combinación entre tipos básicos y modalidades agravadas de unos y otros. El proceder legislativo dibuja un panorama ciertamente desalentador²⁸ que, desde luego, en ningún modo ayuda a agilizar el ya endémico retraso que sufre la

Blanch, Valencia, 2013, pp. 297 y ss.; y Vidales Rodríguez, C., “Tráfico de drogas y blanqueo de capitales: de la organización criminal a la desorganización normativa”, *Tráfico de drogas y delincuencia conexa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 477 y ss.

²⁶ Para un tratamiento más detenido de todas estas cuestiones, puede verse Vidales Rodríguez, C., “El comiso ampliado: entre las necesidades de eficacia frente al crimen organizado y las exigencias constitucionales”, *Obra Jurídica Enciclopédica en Homenaje a la Escuela Libre de Derecho*, Porrúa, México, 2012, pp. 249-266.

²⁷ Larriba Hinojar, B., y Vidales Rodríguez, C., “Tráfico de drogas y crimen organizado: jaque a la seguridad nacional”, *Inteligencia y Seguridad. Revista de Análisis y Prospectiva*, 2015.

²⁸ Un comentario más detenido de esta problemática, puede verse en Vidales Rodríguez, C., “Tráfico de drogas...”, *op. cit.*, pp. 277 y ss.

Estrategias legales frente a la criminalidad organizada en España

administración de justicia en nuestro país y que hace que la situación de pendencia se prolongue durante un considerable espacio de tiempo.²⁹

Sin desconocer la magnitud del problema, ni las graves implicaciones que derivan de la criminalidad organizada, no creemos, sin embargo, que el arsenal punitivo con el que se pretende hacerle frente constituya la mejor de las estrategias. Así es por cuanto la preceptiva elección de la respuesta más severa obliga a adentrarse en una maraña de artículos que no facilitan su aplicación, ni propician la previsibilidad de la respuesta penal. Ante esta situación, no deben extrañar los juicios críticos que se han emitido. Reflejan este sentir las palabras de González Rus al señalar que no puede castigarse más, ni más gravemente, ni de forma más desacertada.³⁰

La única posibilidad de soslayar las disfunciones denunciadas pasa por distinguir los ámbitos de aplicación de uno y otro supuesto. De hacerse así, habría que limitar la aplicación de los nuevos preceptos a aquellos casos en los que no pueda probarse o no pueda atribuirse la comisión de un delito concreto, pero sí la pertenencia o, en su caso, la asunción de una mayor responsabilidad en el seno de la organización. En cambio, las agravaciones específicas operarían allí donde se constatare la realización de unos hechos delictivos concretos. En consecuencia, la relación entre tales injustos debiera ser de especialidad y, por ello, los subtipos agravados de aplicación preferente. Postergar la regla de especialidad a favor del criterio de consunción relativa o impropia no sólo conduce a los insatisfactorios resultados que han sido mínimamente esbozados, sino que, además, evidencia una política criminal anclada en la endeble justificación de un mayor afán represivo a la que, hasta ahora, puede reconocerse escasos logros. Innecesario debiera ser tener que recordar que el excesivo rigor punitivo no garantiza en modo alguno una mayor eficacia de la ley penal. Como la realidad demuestra en numerosas ocasiones, ésta no depende de la mayor o menor severidad con la que se amenace la realización de una conducta, ni mu-

cho menos, del mayor o menor número de preceptos destinados a reprimirla, sino de la efectiva vigencia de unos pocos, pero irrenunciables, principios.

Tampoco la configuración actual del delito de blanqueo de capitales puede sustraerse de ser objeto de importantes críticas. Siendo cierto que el control de los ingentes beneficios que derivan de este tipo de actividades es clave para enfrentar el desafío que suponen las organizaciones delictivas, no lo es menos que el desnaturalizado concepto por el que se opta, muy alejado del que se mantiene en los textos normativos internacionales, puede conducir a situaciones que, de no ser por las graves consecuencias que entrañan, podría tildarse de esperpénticas. Pero es que, además, puede tener un efecto perverso. Así es por cuanto se corre el serio riesgo de que quede convertido en una suerte de tipo comodín que, una vez asegurada la sanción penal a título de lavado, haga que se pierda el interés en averiguar y perseguir el delito previo del que se originaron los bienes; lo que, desde luego, no se ajusta a un correcto funcionamiento de la administración de justicia que, como es sabido, exige imponer la pena justa y proporcionada al hecho efectivamente cometido.

Parecidas objeciones pueden hacerse respecto de la facultad ampliada de decomiso. En efecto, una vez incautados los bienes del sujeto, la investigación y represión de la conducta efectivamente realizada pueden quedar relegadas a un segundo plano. De ser así, se estaría primando el afán confiscatorio y, aunque, no cabe duda de que la privación de los bienes puede suponer un importante acicate para el abandono de las actividades delictivas —más si son tan lucrativas como las relacionadas con el crimen organizado—, no puede desconocerse que esta práctica puede impedir que la pena cumpla las funciones que tiene encomendadas.

A modo de conclusión puede decirse que el conjunto de disposiciones destinadas a sancionar la delincuencia organizada, a las que deben unírsele las especialidades que se presentan en la ejecución de la pena,³¹ forman un subsistema que, como todo De-

²⁹ Para dar una idea de las dilaciones que sufren estos procedimientos, baste decir que, en atención a los datos que constan en la Memoria de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y el Crimen Organizado de 2014, todavía hay procedimientos de 1997 a la espera de sentencia. Puede consultarse el texto íntegro en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2014_fiscalia_anticon corrupcion.pdf?idFile=14edda82-4ce4-44f4-99b5-b959389415f4

³⁰ González Rus, J.J., “Aproximación político criminal a la regulación de la criminalidad organizada después de la reforma de 2010”, en González Rus, J.J. (dir.), *La criminalidad organizada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 94.

³¹ Destaca el cumplimiento obligatorio del periodo de seguridad o el cumplimiento de cuatro quintas partes de la condena para el acceso al tercer grado penitenciario o las siete octavas partes para la concesión de la libertad condicional (arts. 36.2 y 78 del Código Penal, respectivamente).

recho penal excepcional, nos parece merecedor de reproche. Si asiste la razón a quienes sostienen que el crimen organizado adquiere tal trascendencia que es capaz de poner en peligro los pilares básicos del Estado de Derecho, y pocas dudas pueden albergarse al respecto, la solución por la que se opte no puede poner en duda la vigencia de los principios y garantías que contiene, pues, como afirmara González Cussac en relación con una problemática distinta, “ni el terrorismo ni la simplificación de la idea de seguridad son un pretexto para escapar de nuestro sistema de derechos fundamentales [...] sólo el Derecho es el futuro de la democracia”.³²

Bibliografía

- Abel Souto, M., “Conductas típicas de blanqueo en el ordenamiento penal español”, en Abel Souto M., y Sánchez Stewart, N. (coords.), *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- , “La reforma penal española de 2010 sobre el blanqueo, las nuevas técnicas de comisión delictiva y el uso de las telecomunicaciones para el blanqueo”, en Abel Souto, M., y Sánchez Stewart, N. (coords.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- , “Volumen mundial del blanqueo de dinero, evolución del delito en España y jurisprudencia reciente sobre las últimas modificaciones del Código Penal”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 20, 2013.
- Anarte Borralló, E., “Conjeturas sobre la criminalidad organizada”, en Ferre Olivé, J.C., y Anarte Borralló, E. (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999.
- Blanco Cordero, I., “Comiso ampliado y presunción de inocencia”, en Puente Alba, Luz María, Zapico Barbeito, Mónica, y Rodríguez Moro, Luis (coords.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporáneos de la política criminal*, Granada, 2008.
- Blanco Cordero, I., *El delito de blanqueo de capitales*, Aranzadi, Pamplona, 2012.
- Braslavsky, G., “Jaque a los paraísos fiscales”, disponible en http://www.forodeseguridad.com/artic/discipl/disc_4011.htm
- Cancio Meliá, M., “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 8, 2007.
- Cortés Bechiarelli, E., “Valoración crítica de la reforma del comiso (LO 15/2003, de 25 de noviembre)”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 7, 2007.
- Curbert, J., “La criminalización de la economía y la política”, *Revista Gobernanza y Seguridad Sostenible*, 2004. Disponible en www.iigov.org
- De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Tratamiento de la delincuencia organizada en España: en particular, tras la reforma penal de 2010”, *Revista Criminalidad*, vol. 55, 2013.
- Del Cid Gómez, J.M., “Detección del blanqueo y sus efectos socioeconómicos”, en Abel Souto, M., y Sánchez Stewart, N. (coords.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Díaz y García Conlledo, M., “El castigo del autoblanqueo en la reforma penal de 2010. Autoría y participación en el delito de blanqueo de capitales”, en Abel Souto, M., y Sánchez Stewart, N. (coords.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- Faraldo Cabana, P., “La regulación del comiso en España. Especial referencia a los comisos específicos en los delitos de tráfico de drogas, blanqueo de bienes y contrabando”, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núm. 20, 2008.
- , “Sobre los conceptos de organización criminal y asociación ilícita”, en Villacampa Estiarte, C. (coord.) *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.
- , “Antes y después de la tipificación expresa del blanqueo de capitales”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014.
- Ferré Olivé, J.C., “‘Blanqueo’ de capitales y criminalidad organizada”, en Ferré Olivé, J.C., y Anarte Borralló, E. (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999.

³² González Cussac, J. L., “El derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas”, lección inaugural del Curso Académico 2005-2006, Universitat Jaume I. Castellón de la Plana, 23 de septiembre de 2005.

Estrategias legales frente a la criminalidad organizada en España

- _____, “Política criminal europea en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo”, en González Cussac, J. (dir.), y Fernández Hernández, A. (coord.), *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- García del Blanco, V., “Criminalidad organizada: organizaciones y grupos criminales”, en Ortiz de Urbina Gimeno, I. (coord.), *Memento experto. Reforma penal 2010*, F. Lefebvree, Santiago de Compostela, 2010.
- García Rivas, N., y Lamarca Pérez, C., “Organizaciones y grupos criminales”, en Álvarez García, F.J., y González Cussac, J.L. (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, 2010.
- González Cussac, J.L., “Decomiso y embargo de bienes”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia. La armonización del Derecho penal español: una evaluación legislativa*, 2006.
- _____, “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del Estado de Derecho: la doctrina del Derecho penal del enemigo”, *Revista Penal*, núm. 19, 2007.
- _____, “Estrategias Legales frente a las Ciberamenazas”, *Ciberseguridad. Retos y Amenazas a la Seguridad Nacional en el Ciberespacio, Cuadernos de Estrategia*, núm. 149, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, 2011.
- _____, “Tecnocrimen”, *Nuevas Amenazas a la Seguridad Nacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- González Rus, J.J., “Aproximación político-criminal a la regulación de la criminalidad organizada después de la reforma de 2010”, en González Rus, J.J. (dir.), *La criminalidad organizada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Guinarte Cabada, G., “La reforma de 2010 del comiso en el blanqueo”, en Abel Souto, M., y Sánchez Stewart, N. (coords.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Hava García, E., “Comiso”, en Álvarez García, F.J., y González Cussac, J.L. (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, 2010.
- Larriba Hinojar, B., “Seguridad Nacional y derechos fundamentales”, en González Cussac, J.L. (dir.), *Inteligencia*, Valencia, 2012.
- Larriba Hinojar, B., “Tráfico de drogas y seguridad nacional: adversarios en red”, en Vidales Rodríguez, C. (coord.), *Tráfico de drogas y delincuencia conexas*, Valencia, 2014.
- Larriba Hinojar, B., y Vidales Rodríguez, C., “Tráfico de drogas y crimen organizado: jaque a la seguridad nacional”, *Inteligencia y Seguridad. Revista de Análisis y Prospectiva*, 2015.
- Mapelli Caffarena, B., González Cano, M.I., y Aguado Correa, T. (coords.), *Estudios sobre delincuencia organizada. Medios, instrumentos y estrategias de la investigación criminal*, Mergablum, Sevilla, 2001.
- Martínez Garay, L., “El nuevo delito de pertenencia a ‘organizaciones y grupos criminales’ (art. 385 bis) en el proyecto de reforma del Código Penal”, *IUS-TEL. Revista General de Derecho*, 2007.
- Matallín Evangelio, A., “El ‘autoblanqueo’ de capitales”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 20, 2013.
- Méndez Rodríguez, C., “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014.
- Peláez Ruiz-Fornells, A.F., “De los rendimientos ilícitos a su legitimación: el fenómeno del blanqueo de capitales. Efectos e implicaciones de política económica”, tesis doctoral disponible en <http://eprints.ucm.es/21659/1/T34459.pdf>
- Pérez Cebadera, M.A., “Presunción de inocencia y decomiso: ¿es necesario establecer una presunción legal para probar el origen ilícito de los bienes?”, en de la Oliva Santos, A. (dir.), *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Madrid, 2008.
- Quintero Olivares, G., “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, en Ferré Olivé, J.C., y Anarte Borralló, E. (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999.
- _____, “La reforma del comiso”, en Quintero Olivares, G. (dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, 2010.
- _____, “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2010; disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-r2.pdf>
- _____, “Organizaciones y grupos criminales en el Derecho penal de nuestro tiempo”, en Villacampa

- Estiarte, C. (coord.), *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.
- Sánchez García de Paz, I., *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Comares, Granada, 2005.
- Sanmartín, J.J., “Los alquimistas de mal. Servicios de inteligencia frente al terrorismo global”, *Revista Electrónica AAInteligencia*, 2009/11; disponible en <http://www.aainteligencia.cl/?p=255>
- Suárez López, J.M., “El tratamiento de la criminalidad organizada en el tráfico de drogas”, en González Rus, J.J. (dir.), *La criminalidad organizada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Vidales Rodríguez, C., “La posesión y utilización de bienes como actos de blanqueo en la legislación penal española”, *Direito e Desenvolvimento. Revista do Curso de Direito*, vol. 6, Brasil, 2012.
- , “Blanqueo. ¿Qué es blanqueo? (Estudio del artículo 301.1 del Código Penal español tras la reforma de la L.O. 5/2010)”, *Revista General de Derecho Penal*, vol. 18, 2012.
- , “El comiso ampliado: entre las exigencias de eficacia frente al crimen organizado y las exigencias constitucionales”, Libro homenaje a la Escuela Libre de Derecho, México, 2012.
- , “Delincuencia organizada y medios tecnológicos avanzados: el subtipo agravado previsto en relación con organizaciones y grupos criminales”, *Revista Penal*, núm. 30, 2012.
- , “Tráfico de drogas y blanqueo de capitales: de la organización criminal a la desorganización normativa”, *Tráfico de drogas y delincuencia conexa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- , “El fenómeno asociativo como actividad delictiva previa al delito de blanqueo de capitales”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015.
- Zúñiga Rodríguez, L., “Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de ‘participación en organización criminal’”, en Zúñiga Rodríguez, L., Méndes Rodríguez, C., y Diego Díaz-Santos, R. (coords.), *El Derecho penal ante la globalización*, Colex, 2002.
- , *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Comares, Granada, 2009.



El modelo chino para el tratamiento de los delitos de bagatela*

Yu Wang

Universidad Zhejiang, República Popular de China

RESUMEN: Todos los países, aunque tengan diferentes culturas y estructuras sociales, reconocen el costo y el enorme esfuerzo que supone para el Estado la lucha contra la criminalidad de escasa relevancia. Sin embargo, las respuestas a este problema divergen de un país a otro, dependiendo de su cultura y tradición jurídica. En la mayoría de los países occidentales se utiliza el modelo procesal para resolver este problema. En China, en cambio, se recurre a la cláusula contenida en el Código Penal por la que, de acuerdo con criterios cuantitativos, la criminalidad de poca importancia se excluye del proceso penal e incluso del Derecho penal.

PALABRAS CLAVE: Delitos de bagatela, China, Derecho penal sustantivo.

ABSTRACT: All countries, which have different cultural and social structures, acknowledged that the costly state-apparatus to establish and enforce law cannot be used for petty crime. However, the responses to this challenge are shaped by the regional legal culture and historical tradition. Compared to most western countries, whose legal systems adopt the procedural solution to treat petty crimes, China emphasizes the substantive criminal law solution. To be accurate, in China the legislative proviso and the quantitative factors constitute the legal instrument, by which petty crime can be excluded from the criminal prosecution or even from the substantive criminal law.

KEY WORDS: Petty crime, China, substantive criminal law.

SUMARIO: I. Introducción. II. La cláusula de reserva. III. Los elementos cuantitativos. IV. Efectos de la cláusula de reserva. V. Resumen.

Rec: 12-02-2014 | Fav: 26-05-2015

* Traducción del alemán de Francisco Muñoz Conde. El presente artículo constituye un resumen de la tesis doctoral presentada y defendida por su autora en diciembre del 2013, en la Universidad de Múnich, bajo la dirección del Prof. Dr. Bernd Schünemann, con el título "Qualitative und Quantitative Instrumente zur Einschränkung der Strafverfolgung bei fehlendem Strafbedürfnis. Ein deutscher und chinesischer Rechtsvergleich" ["Instrumentos cualitativos y cuantitativos para limitar la persecución penal en caso de ausencia de la necesidad de pena. Una comparación jurídica entre Alemania y China"], Múnich, 2013 (en prensa, LTV, Berlín, 2014). En la presente versión al español se han suprimido, con autorización de la autora, las referencias bibliográficas en caracteres chinos, manteniendo la traducción de las mismas que hace la autora al alemán.

El modelo chino para el tratamiento de los delitos de bagatela

I. Introducción

Desde tiempos antiguos se conoce la idea de que el aparato estatal de creación y aplicación del Derecho no debe utilizarse para resolver asuntos de escasa importancia, los cuales en cierto modo pueden bloquearlo e impedir su empleo en casos verdaderamente importantes. Así, por ejemplo, ya en el Derecho romano existía el principio *minima non curat praetor*.

Pero con ello se plantea lógicamente la difícil cuestión de cuál es la mejor manera de eliminar del sistema penal los casos de bagatela. En la técnica usual de tipificación “cualitativa” que describe los bienes jurídicos y las acciones que los lesionan, se incluyen también conjuntos de casos que no causan daños importantes y que, por lo tanto, no deben ser objeto de una sanción penal. Un ejemplo de estos casos, extraído de los delitos contra las personas, puede ser el golpe que nos da alguien con el codo en una aglomeración, que ciertamente produce un dolor momentáneo sin mayores consecuencias.

En Alemania, los delitos de bagatela que se producen de forma masiva se solucionan principalmente con el sobreseimiento del proceso penal a petición del Ministerio Fiscal; en cambio, en China, se emplea el criterio jurídico-material de la gravedad relativa del hecho ilícito cometido.

El modelo procesal alemán se basa en el § 153 de la Ordenanza Procesal Penal (StPO), el cual permite el sobreseimiento del proceso penal a petición del Ministerio Fiscal imponiendo en su lugar determinadas cargas u obligaciones. Esta posibilidad de sobreseimiento prevista en los §§ 153 y 153a StPO no es, sin embargo, la mejor solución, ya que ha provocado que se haya ido mas allá de los delitos de bagatela, extendiendo su utilización a los delitos de mediana gravedad. El principio de oportunidad empleado en estos casos de forma tan amplia por el Ministerio Fiscal es sumamente incontrolable y sólo en algunos casos ofrece garantías, lo cual es obviamente incompatible con el Estado de Derecho.

En la República Popular China, la solución jurídico-material se ha ido imponiendo en los últimos tiempos, entre otras cosas porque se adapta mejor a su estructura social y a su sistema jurídico, aunque la fórmula legal empleada para ello tenga su origen inmediato en el tratamiento que se daba a la delincuencia de menor gravedad en el Derecho de la antigua Unión Soviética. Como veremos en seguida, el modelo jurídico chino se basa en una cláusula de reserva legal y en varios elementos de carácter cuantitativo, con los cual es posible excluir los delitos de bagatela de la persecución penal e incluso del propio Código Penal. En lo que sigue expondré con mayor detenimiento en qué consiste dicho modelo.

II. La cláusula de reserva

El § 13.2 del Código Penal chino (CPCh)¹ añade el siguiente párrafo a la definición legal de delito: “El hecho no se considerara delito cuando por las circunstancias sea claramente de escasa importancia y el daño causado no sea grave”. Esta regla, llamada por los penalistas chinos “cláusula de reserva”, expresa el requisito del elemento cuantitativo.

La cláusula de reserva se considera como una excepción, un límite o un presupuesto complementario de la definición del delito contenida en el § 13 del CPCh, representando, por lo tanto, una parte necesaria de la definición legal del delito que contiene el Código Penal.² Lo que afirma es que, a diferencia de lo que sucede en la mayoría de los sistemas penales occidentales, en los que rige un modelo legal cualitativo y otro modelo judicial cuantitativo, la definición del delito que se da en el CPCh contiene un modelo, sólo legal, tanto cuantitativo como cualitativo.³ De acuerdo con este modelo unitario de definición del delito, el legislador chino no sólo determina las clases de ilícito penal (elementos cualitativos) y con ello los límites de la intervención penal, sino también la magnitud de la gravedad del ilícito (elementos cuantitativos), controlando así la intensidad de la intervención pe-

¹ El § 13 CPCh dice: “Son delitos todas las acciones que ponen en peligro la soberanía, la integridad territorial y la seguridad del Estado, que dividen el Estado, pretenden la subversión del poder político de la dictadura democrática del pueblo y la destrucción del sistema socialista, la destrucción del orden social y económico, perjudican la propiedad del Estado, la propiedad colectiva de las masas trabajadoras, o la privada de los ciudadanos, los derechos personales y demás derechos de los ciudadanos, así como cualquier otra acción peligrosa para la sociedad, siempre que sean castigadas legalmente con una pena. *El hecho no se considerara delito cuando por las circunstancias sea claramente de escasa importancia y el daño causado no sea grave*”.

² V. Zhou, “Wangsheng, Zur Vorbehaltsklausel”, *China Legal Science*, 1991 (4).

³ Chu Huai Zhi, “Der Begriff der Straftat in Bezug auf die quantitativen Faktoren”, *Cass Journal of Law*, 1988 (2).

nal.⁴ En el momento de la aplicación del correspondiente tipo penal, el Juez no sólo tiene que comprobar, de acuerdo con el vigente Código, si una conducta se corresponde con la descripción de la conducta típica, sino también determinadas circunstancias como los estados legales (delitos de Estado), los efectos (delitos de resultado) o determinadas magnitudes o cantidades que pueden producir algunos delitos (delitos cuantificados). En principio la regla es la siguiente: siempre que la conducta esté en consonancia con las particularidades determinadas legalmente para el correspondiente delito y éste cumpla con los criterios exigidos legalmente, el Juez debe juzgar y condenar. En este sentido, igual que ocurre con el sistema de definición dualista utilizado en los países occidentales, el Juez no tiene mucho espacio para decidir.⁵

En China, ha sido Chu Huaizhi el primer autor que se ha ocupado de explicar la función de la cláusula de reserva y la “definición legal cualitativa y cuantitativa” contenida en el CPCh, indicando que la integración de esta cláusula en la definición del delito tiene mucha importancia desde el punto de vista político-criminal. En este sentido dice Chu lo siguiente:

La diferenciación entre el delito y las otras conductas antisociales no es sólo un problema técnico, sino un principio de gran relevancia. En primer lugar, porque con él se puede conseguir reducir el número de los delitos y con ello la cuota de criminalidad. No se trata en modo alguno de emplear la política de la avestruz, sino de mejorar la imagen del país y ejercer un efecto positivo en la mentalidad social. Un sistema jurídico que no tenga una estricta diferenciación entre el delito y las conductas antisociales generales lleva a cabo una “política suicida”. En segundo lugar, una gran parte de los ciudadanos dejarán de ser estigmatizados como criminales; esto no sólo fortalecerá la evolución de su personalidad, sino también reducirá su oposición al Estado, estableciendo así una base amplia para el fortalecimiento de su colaboración con el Estado. En tercer lugar, la administración de justicia penal puede dedicar sus esfuerzos a luchar contra las actividades verdadera-

mente criminales, que ponen en peligro la estabilidad del país, el desarrollo social, la vida y la propiedad de los ciudadanos, así como su seguridad, utilizando de un modo lógico la fuerza del Derecho penal, haciendo que éste sea más eficaz.⁶

Chu Huaizhi ha mantenido en otro artículo directamente relacionado con el tema, que la cláusula de reserva tiene una función de referencia y otra de descriminalización. La función de referencia significa que la norma general contenida en dicha cláusula también se refleja en los tipos de la Parte Especial. Por su parte, la función de descriminalización significa que una conducta con consecuencias de escasa importancia no debe ser considerada como delito.⁷

En mi opinión, la cláusula de reserva desempeña un papel tanto en la legislación como en la interpretación dogmática del CPCh.

Al amparo de la cláusula de reserva, los legisladores han precisado importantes elementos en la mayoría de los tipos delictivos, tales como la cantidad de notoria importancia, la gravedad de las circunstancias o del resultado, teniendo en cuenta las diferentes clases de tipos y sobre todo la diversa naturaleza de los bienes jurídicos, la diferente gravedad de las conductas que han causado la lesión del bien jurídico, así como la actitud subjetiva del autor. Por tanto, cuando una conducta antijurídica no alcanza el nivel de gravedad descrito en el tipo, tanto en lo que se refiere a la cantidad como en lo que se refiere a las circunstancias o a las consecuencias, deja de ser típica y no se considera un hecho delictivo.

La cláusula de reserva representa una directriz para el legislador, y para la interpretación dogmática en la aplicación judicial de los tipos delictivos de la Parte Especial. Esto no sólo se refleja en la praxis judicial a la hora de aplicar e interpretar un tipo delictivo concreto cuando se trata de constatar si la conducta en cuestión coincide con los elementos cuantitativos y cualitativos de ese tipo delictivo (lo que Chu Huaizhi llama función de referencia), sino también en la aplicación de los tipos en los que se dan los elementos

⁴ Lang, Genlin, “Strafrechtliches Netz: Ausdehnen und Einschränken”, *Law Press China*, 2005, p. 29.

⁵ No puedo ocuparme aquí con más detenimiento de las ventajas e inconvenientes, ni de las dificultades que surgen al comparar el sistema unitario con el dualista. Para más detalles, con referencias a la bibliografía china, me remito a mi tesis doctoral “Qualitative und Quantitative Instrumente zur Einschränkung der Strafverfolgung bei fehlendem Strafbedürfnis, Ein deutscher und chinesischer Rechtsvergleich”, Múnich, 2013 (en prensa, LTV, Berlín, 2014).

⁶ Huaizhi, “Der Begriff der Straftat in Bezug auf die quantitativen Faktoren”, *Cass Journal of Law*, 1988 (2).

⁷ Chu Huaizhi/Wang Yong Le, “Zu quantitativen Faktoren im Begriff der Straftat”, *Cass Journal of Law*, 2000 (2).

El modelo chino para el tratamiento de los delitos de bagatela

cuantitativos descritos en el tipo, pero no se describen los cuantitativos. Es en este segundo caso cuando Chu Huazhi habla de función de descriminalización. Pero antes de seguir analizando más detenidamente la eficacia de la cláusula de reserva, deben distinguirse los diferentes elementos cuantitativos.

III. Los elementos cuantitativos

Dentro de los elementos cuantitativos deben distinguirse los que son expresamente mencionados en los tipos de la Parte Especial del CPCh de los que no lo son.

1. Elementos cuantitativos expresos

Son aquellos previstos legalmente y expresamente mencionados en los tipos de la Parte Especial del CPCh. Más de dos tercios de los artículos del CPCh determinan que las condiciones de la punibilidad dependen de la clase, circunstancia y modo de las diferentes lesiones jurídicas, exigiéndose en unos casos que el daño sea una cantidad de notoria importancia, o de gran magnitud, que se dé una circunstancia grave y seria, que tenga graves consecuencias, etcétera.

Entre los elementos cuantitativos mencionados expresamente en los tipos delictivos de la Parte Especial están las cantidades que se refieren a la magnitud del daño y a las ganancias o ingresos obtenidos ilegalmente. También se mencionan en los casos de criminalidad económica y financiera.

Se ven referidos expresamente en las definiciones típicas de la Parte Especial elementos cuantitativos que se refieren a las circunstancias del hecho, cuando son graves o se producen en situaciones graves. Son los llamados delitos circunstanciados, y entre ellos cabe mencionar la “reiteración” en los hurtos y estafas, o la “negativa a declarar sobre el origen o procedencia de determinados objetos” (así, por ejemplo, el § 282, 2 CPCh: posesión ilegal de secretos de Estado, o de documentos, materiales u objetos clasificados); o “negarse a devolver una cosa o negar haberla recibido” (como, por ejemplo, el § 270: apropiación indebida), o “negarse a pagar las cantidades exigidas legalmente por un funcionario” (§ 276 B), o el salario laboral. Se trata de delitos circunstanciados impropios.

Los elementos relacionados con el resultado son, por lo general, los mencionados en la definición de

los delitos de resultado. En la Parte Especial del Código Penal se mencionan expresamente relacionados con el daño producido o el peligro concreto a bienes jurídicos. Así, por ejemplo, se mencionan en el CPCh los graves daños a la vida o a la propiedad de los ciudadanos, o a los intereses del Estado, o el peligro concreto que puede llegar a provocar la lesión de un bien jurídico.

En la Parte Especial del CPCh existen, aparte de los ya mencionados elementos referidos a cantidades, otros relacionados con las circunstancias y el resultado, combinados de diferentes formas. La mayoría de los tipos delictivos sólo requiere la presencia de alguno de estos elementos. Así, por ejemplo, el § 246 considera como autor de injuria o calumnia a “quien con violencia o con otros medios humille de forma abierta y desconsiderada a otro, o lo calumnie con hechos falsos”. Pero algunas veces se requiere la presencia de dos o más elementos cuantitativos. Así, por ejemplo, el § 250 castiga la publicación cuyos contenidos discriminen o menosprecien las minorías nacionales, cuando existan circunstancias reprobables y produzca consecuencias serias y graves. En algunos artículos se exige como criterio de selección las tres clases de elementos cuantitativos, bastando con la presencia de uno para que el hecho se califique como delito. Un ejemplo de ello es el delito previsto en el § 158: “Quien en el registro de una sociedad utilice certificados y documentos falsos o engañosos, o emplee otros métodos fraudulentos dando datos falsos o engañosos sobre el capital social, consiguiendo así que el funcionario conceda la inscripción, sólo es castigado, si el capital registrado es de notoria importancia, o si las consecuencias y circunstancias son serias y graves”.

2. Elementos cuantitativos no mencionados expresamente

Las situaciones en las que los elementos cuantitativos no son mencionados expresamente en la Parte Especial del Derecho penal se pueden clasificar en los siguientes tres grupos:

a) Cuando se trata de bienes jurídicos de especial importancia, el legislador concede una protección absoluta, empleando en la redacción del tipo correspondiente elementos cualitativos, con exclusión de los cuantitativos. Un ejemplo de este tipo es el homicidio, el más representativo de todos, ya que siendo la vida el bien jurídico personal más importante y al

mismo tiempo el fin tanto de la existencia nacional como el fundamento de la sociedad, la ley le concede una protección absoluta. Por esta razón, el legislador no sólo ha determinado cualitativamente el tipo del homicidio doloso, sino que lo ha hecho además de una forma fácil y omnicomprensiva, para conseguir un mayor efecto preventivo intensivo y extensivo.

Con ello, el hecho, una vez que se comprueba la existencia de los elementos cualitativos del tipo y no persiste ninguna causa de justificación o exculpación, se castiga como homicidio doloso. Por tanto, en la comprobación de la tipicidad del homicidio doloso no hay ningún espacio para la cláusula de reserva. En consecuencia, una vez que se ha comprobado formalmente la realización del tipo del homicidio doloso, no se puede decir que con base en la cláusula de reserva el hecho no sea antijurídico.

b) Cuando los bienes jurídicos son importantes y la gravedad de su lesión también lo es, el legislador describe el tipo de forma cualitativa, sin mencionar expresamente elementos cuantitativos. En este caso, si la acción realiza el tipo descrito cualitativamente y no existen causas de justificación o exculpación, el hecho se considera en principio como delito; pero no pueden excluirse algunas excepciones, como sucede, por ejemplo, cuando el hecho formalmente reúne las condiciones cualitativas requeridas en el tipo, pero vista la escasa gravedad de las circunstancias concomitantes y del resultado, puede dejarse impune. El delito de robo con violencia tipificado en el § 263 del CPCh es un buen ejemplo de esto. Ante la gravedad de este delito, que por un lado constituye un ataque a la propiedad privada y, por otro, a la integridad física, con empleo de violencia, intimidación u otros medios, el contenido de su ilicitud es mayor que el de otros delitos contra la propiedad. Por tanto, el § 263 tipifica este hecho de manera cualitativa, sin exigir ningún elemento cuantitativo ni en relación con la cantidad sustraída o con la gravedad de las circunstancias concomitantes. El principio reza, pues, así: cuando una acción realiza el tipo del delito de robo con violencia y no hay ninguna causa de justificación o de exculpación, el hecho es punible. Pero hay algunas excepciones a esta regla. Así, por ejemplo, cuando un joven estudiante roba a sus compañeros utilizando medios no muy graves y la cantidad que consigue no es elevada, el hecho ciertamente se puede calificar como robo, pero no parece que deba considerarse merecedor de pena, y más bien habría que considerar que ni siquiera

puede considerarse como un verdadero robo desde el punto de vista normativo.

Por tanto, se puede decir que la conducta que realiza un tipo delictivo en cuya redacción la ley no ha incluido elementos cuantitativos, sino cualitativos, constituye un delito en la medida en que no concurren alguna causa de justificación o exculpación. Únicamente en casos excepcionales se puede recurrir a la cláusula de reserva y excluir la tipicidad del hecho ante la escasa gravedad de las circunstancias concurrentes; quedando, por supuesto, la posibilidad de que sí se puedan aplicar otro tipo de sanciones de carácter administrativo o civil.

c) También hay casos en los que el legislador no ha incluido en el tipo delictivo ningún elemento cuantitativo, pero éste se deriva de algún precepto que con idéntico tenor literal regula el mismo hecho en el Derecho administrativo. En este caso, el mismo supuesto de hecho tiene una doble regulación, penal y administrativa. A primera vista, esto origina sin duda un conflicto con el principio de que es el tipo delictivo, es decir, el Derecho penal, el que determina la ilicitud. Pero en estos casos se aplica la regla del concurso de leyes, la cual garantiza la unidad del sistema jurídico y el carácter subsidiario del Derecho penal. Si el precepto administrativo prevalece como aplicable, el precepto penal deja de aplicarse. Pero cuando en atención a las graves circunstancias la ilicitud es claramente más grave, el precepto penal es de preferente aplicación respecto del administrativo. Y precisamente para resolver este problema de cuándo es preferente la aplicación del tipo penal o el administrativo se recurre a la cláusula de reserva; es decir, habrá que comprobar si “las circunstancias son claramente de escasa importancia y el daño causado no sea grave”. La conducta que lleva a cabo ambas clases de ilícito, pero que se realiza en circunstancias menos graves y produciendo escaso daño, se considerara, por lo tanto, como una infracción administrativa. Sólo cuando las circunstancias son graves y las consecuencias también lo son se castigará el hecho como delito, en vista de la mayor necesidad de pena.

Como ejemplo de este grupo se pueden citar el § 67 de la Ley para el Mantenimiento de la Seguridad Pública y el § 359 CPCh, que se refieren al mismo supuesto de hecho: explotación e inducción a la prostitución. Ambos preceptos tienen el mismo tenor literal. Si no existiera la cláusula de reserva sería imposible distinguir un precepto de otro y discriminar

El modelo chino para el tratamiento de los delitos de bagatela

entre el ilícito administrativo y el ilícito penal. Parece evidente que los supuestos de explotación e inducción a la prostitución que por las circunstancias concurrentes no tienen demasiada gravedad, deben sancionarse en el ámbito administrativo, mientras que cuando por esas mismas circunstancias el hecho pueda considerarse como un hecho grave debe aplicarse el correspondiente precepto del Código Penal, es decir, el delito de inducción y explotación de la prostitución del § 359 CPCh.

Los elementos cuantitativos de la tipicidad que no son mencionados por la ley pueden también ser utilizados en la interpretación del correspondiente tipo penal, utilizando para ello la cláusula de reserva contenida en la definición del delito que da el CPCh, el cual cumple también una función orientadora de la interpretación. Precisamente es éste el caso en el que, como ya hemos visto, en el tipo penal no se recogen elementos cuantitativos, pero estos pueden ser utilizados para delimitar el ámbito de dicho tipo penal.

IV. Efectos de la cláusula de reserva

Por lo general, cuando los elementos cuantitativos se hallan considerados en la redacción legal del correspondiente tipo penal, no hay ningún problema y la tarea del Juez debe limitarse a comprobar su existencia y subsumir la conducta realizada en el tipo penal que corresponda. Sin embargo, esos problemas aparecen, tanto a la hora de interpretar como de aplicar el tipo, cuando esos elementos cuantitativos no son mencionados en la ley. En este caso, la tarea del Juez consiste en encontrar esos elementos cuantitativos antes de proceder a subsumir la conducta identificada en el correspondiente tipo penal. Es entonces cuando la función de referencia y la de descriminalización de la cláusula de reserva encuentran problemas. Para resolver el problema existen en la doctrina y en la praxis dos criterios diferentes:

El primero de ellos sostiene que, antes que nada, se debe subsumir formalmente la acción en el tipo. Una vez realizada esta operación, debe comprobarse si, de acuerdo con la cláusula de reserva, puede excluirse la antijuridicidad de la conducta. Para esta opinión, la cláusula de reserva no es un elemento de la tipicidad,

sino una causa de justificación que excluye la antijuridicidad. Un segundo criterio considera que la cláusula de reserva debe considerarse como un elemento de la tipicidad, entendiéndose, por lo tanto, que la tipicidad no es una categoría puramente formal, sino que también tiene un contenido material.

A continuación analizaremos detalladamente ambos criterios.

1. Primer criterio

En relación con el concepto de “circunstancia”, Chu Huaizhi y Zhang Yonghong sostienen que, además del tipo, se debe comprobar tanto el grado de peligrosidad del hecho para la sociedad como la propia peligrosidad del autor, y su influencia en la penalidad.⁸ De acuerdo con estos autores,

el delito se identifica en dos niveles; el primero es la comprobación formal; el segundo, la material. Lo primero es comprobar si la conducta puede subsumirse en el tipo. Si la acción no pasa este primer nivel, es decir, si no realiza los elementos del tipo, se excluye ya su relevancia penal. El segundo paso es la comprobación material. Si la conducta realiza los elementos del tipo, deben comprobarse entonces las circunstancias concurrentes, es decir, si éstas son importantes o no. Si no lo son el hecho deja de ser un hecho punible; pero si lo son, entonces el hecho debe ser punible.⁹

Esta tesis ha ejercido una fuerte influencia en la praxis judicial china, como se puede ver en el caso fallado por un Tribunal de Hangzhong, Shanxi, que ha sido el primer caso relacionado con la eutanasia fallado por un tribunal chino. En este caso, el tribunal partió en su decisión de que los acusados habían matado conscientemente a una persona, Xia Suwen, lesionando con ello su derecho a la vida, pero al mismo tiempo constató que la causa directa de la muerte de esa persona fue un fallo agudo hepático y renal. Entre otros factores causantes de la muerte no se pudo excluir tampoco que el decúbito en el que yacía el paciente le hubiera provocado una infección. Ciertamente, su muerte se aceleró con la inyección de clorpromazina que le puso uno de los acusados, pero habiendo sido ésta en una dosis normal, no causó

⁸ Chu Huai Zhi y Zhang Yonghong, “Der Begriff der Sozialschädlichkeit ausgehend von § 13”, *Cass Journal of Law*, 2002 (3), p. 87.

⁹ *Ibidem*, p. 88.

directamente la muerte. A la vista de todas estas circunstancias, el Tribunal absolvió a los dos acusados, teniendo en cuenta “la menor gravedad de las circunstancias y el menor daño causado”.¹⁰

Otro caso de este tipo lo ofrece el criterio mantenido por el Tribunal Supremo chino en relación con el estado de necesidad en un caso de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas, interpretando la octava reforma del CPCh, que entró en vigor el 1º de mayo de 2011, del siguiente modo:

Ciertamente, el § 133a CPCh determina que debe ser castigado penalmente el conductor que conduce un vehículo de motor por vía pública estando bajo la influencia de bebidas alcohólicas; y también es verdad que el precepto legal no exige que para ello deban darse circunstancias graves o reprobables, pero de acuerdo con lo previsto en el § 13 del mismo cuerpo legal, cuando un hecho no se realice en circunstancias graves o no produzca graves circunstancias, no debe considerarse como un hecho punible.

Como se ve, en este caso, el Tribunal Supremo ha seguido claramente el criterio de que para considerar que se ha cometido un ilícito penal primero hay que comprobar la tipicidad de la acción desde el punto de vista formal, y luego, si esa acción materialmente representa un peligro para la sociedad, en consecuencia, debe ser castigada penalmente.

2. Segundo criterio

Respecto de la cuestión de cuándo la circunstancia se refiere a la situación que surge con el hecho e influye en la gravedad de la lesión del bien jurídico, en su forma y consecuencias, otro autor, Zhang Mingkai, dice lo siguiente:¹¹

La definición del delito no es un criterio concreto que sirva para determinar la punibilidad de un hecho. Tampoco la cláusula de reserva contenida en el § 13 CPCh puede

utilizarse como estándar para absolver al acusado. El Juez sólo puede decidir en función de los presupuestos de la penalidad fijados por la legalidad penal que determinan la calificación del hecho como hecho punible, sin tener en cuenta si la dañosidad social es mayor o menor. Cuando una acción realiza las condiciones de la penalidad, se convierte automáticamente en un hecho punible. Pero si una acción realiza todas las condiciones de la penalidad, pero ésta queda excluida por aplicación de la cláusula contenida en el § 13, esas condiciones quedan privadas de su significado originario, infringiendo así el principio de legalidad que se recoge en el § 3 CPCh. [...] Cuando las circunstancias de menor gravedad no son mencionadas en los preceptos de la Parte Especial el hecho debe calificarse como un hecho punible una vez que se compruebe la existencia de todos los elementos contenidos en el respectivo tipo de delito. En esta situación el autor no debe ser absuelto sobre la base de la cláusula de reserva. [...] La interpretación y la aplicación de las condiciones de penalidad deben por tanto fundamentarse materialmente. Sólo debe comprobarse materialmente si la conducta es una conducta necesitada de pena y culpable, y entonces debe considerarse como un hecho punible [...]. La absolución no debe producirse sobre la base de la cláusula de reserva contenida en el § 13, sino sobre la negación de la tipicidad.

Esta segunda argumentación es más convincente. No debe procederse a comprobar la tipicidad formalmente, y luego invocar la cláusula de reserva para excluir la antijuridicidad. En su lugar, deben incluirse los elementos cuantitativos implícitos en el tipo e interpretar la tipicidad también desde el punto de vista material.

V. Resumen

En Alemania se utiliza para solucionar la criminalidad de bagatela, una serie de medios de carácter procesal abreviando los trámites procesales o dando mayor importancia al principio de oportunidad.

¹⁰ El supuesto de hecho sobre el que se basa este caso es el siguiente: El 23 de junio 1986, el Jefe del Departamento de Enfermos Hepáticos del Hospital de Enfermedades Infecciosas de Hangzhong, Piu Liansheng, era el médico encargado del paciente, Wen Siasu, aquejado de hepatitis. El 27 de junio el estado del paciente se agravó. Aquejado de graves dolores solicitó que se los aliviaran de algún modo. Su grave estado fue comunicado por el hospital a sus parientes. El hijo de la paciente, Wang Liansheng, no podía soportar ver los dolores que estaba sufriendo su madre, y solicitó que la dejara morir lo más rápidamente posible. Tras haber asumido Wang la responsabilidad, el médico Pu Liansheng ordenó a una enfermera que inyectara a la paciente 87.5 mg de Wintermn, lo que produjo en la mañana del 29 de junio la muerte de la mujer (véase *Gesetz Anwendungsinstitut des Obersten Volksgerichts: Auswahl der Rechtsprechung des Obersten Volksgerichts* [Strafrecht, 1992-1996], Volksgericht Verlag, 1997, pp. 289-296).

¹¹ Zhang Mingkai, *Strafrecht*, 3, 1997, pp. 92 y ss.

El modelo chino para el tratamiento de los delitos de bagatela

En cambio, en China, este tipo de criminalidad se excluye del ámbito clásico del Derecho penal y con ello de la necesidad de pena, utilizando criterios jurídico-materiales basados en la figura de los elementos cuantitativos.

En el Derecho penal occidental la conducta ilegal es asignada a un determinado sector jurídico utilizando criterios cualitativos, mientras que en China la conducta es valorada conforme a criterios cuantitativos. Así, por ejemplo, la Ley de Seguridad Pública china sanciona conductas que también están incluidas en el Código Penal, pero que tienen un contenido menor de ilicitud. Especialmente se ve esto en la relación entre los delitos económicos y las meras infracciones administrativas económicas. En estos casos, el Derecho penal se ocupa únicamente de los delitos que causan graves daños sociales; de este modo, la administración de justicia penal se puede concentrar en la lucha contra la criminalidad económica de mediana o gran gravedad, que afecta a la estabilidad del país y al desarrollo social, así como a la vida, la propiedad y la seguridad de los ciudadanos. Por tanto, estos elementos cuantitativos son necesarios.

El pensamiento cuantitativo refleja dos aspectos de la cultura jurídica china. Por un lado, se corresponde con un antiguo proverbio chino: “una ley no debe aplicarse cuando la mayoría de la población la

desobedece”. Por otro lado, destaca un código de conducta ético que es más importante que la propia ley positiva. En consecuencia, la criminalización debe limitarse a un pequeño círculo de conductas realmente perjudiciales para la sociedad.

Aunque la cláusula de reserva acogida en el § 13 CPCh fue tomada del Código Penal soviético, la idea subyacente está profundamente enraizada en la cultura jurídica china tradicional.¹²

Este concepto del delito basado cuantitativamente no sólo tiene un componente cultural, sino también una gran importancia político-criminal. “Un mayor nivel de relevancia” permite atrapar un menor número de criminalidad. Y esto es benéfico también desde el punto de vista psicológico social, porque con ello una gran parte de los ciudadanos no es estigmatizada penalmente, lo cual reduce su presión psíquica y favorece su desarrollo personal. A ello hay que añadir que, de acuerdo con las modernas concepciones de la pena, ésta debe emplearse únicamente como último medio para la protección de los bienes jurídicos. Se habla así de subsidiariedad del Derecho penal o del Derecho penal como *ultima ratio*. En la medida en que se reconozca el principio de subsidiariedad, el pensamiento cuantitativo debe, en consecuencia, desempeñar un importante papel a la hora de decidir cuándo un hecho es penalmente relevante o no.

¹² Chu, Huaizhi/Wang, Yongle, “Zur quantitativen Merkmale im chinesisches Straftatbegriff”, *China Academic Journal*, pp. 34 y ss.



Notas bibliográficas



1. La atenuación facultativa de la pena del partícipe en los delitos especiales como instrumento para la elaboración jurídica del pasado (a propósito del libro: *La responsabilidad en los “delitos especiales”, el debate doctrinal en la actualidad*, Ricardo Robles Planas (dir.), con contribuciones de Enrique Peñaranda Ramos, Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, María Ángeles Rueda Martín, Víctor González Martín y Eduardo Javier Riggi, Montevideo/Buenos Aires, 2014, 471 pp.)

Nota previa: La lectura del libro de referencia en el subtítulo de este trabajo me ha hecho recordar algunas cuestiones sobre el origen histórico del apartado 2 del actual párrafo 28 del Código Penal alemán y las consecuencias que su introducción tuvo en la elaboración jurídica del pasado en la República Federal Alemana en los años sesenta del pasado siglo. El precepto alemán es similar al art. 65.3 del Código Penal español, de ahí que me parezca interesante hacer algunas consideraciones sobre el origen histórico, sin perjuicio de ocuparme más adelante, si tengo tiempo y conocimientos suficientes para ello, del alcance jurídico que tiene o puede tener el precepto español introducido en el Código Penal en el 2003, en la elaboración de algunos procesos penales iniciados y aún no terminados por diversos casos de corrupción política y de delincuencia económica financiera.

1. El 1º de octubre de 1968 entró en vigor en la República Federal de Alemania la Ley de Introducción a la Ley sobre las Infracciones Administrativas (*Einführungsgesetz zum Ordnungswidrigkeitengesetz*). En dicha Ley se regulaba de modo general el poder sancionatorio de la administración, algo que hacía tiempo venía reclamando la doctrina y la praxis alemanas, entre otras cosas para poder diferenciar con

la mayor claridad posible las infracciones de carácter administrativo de las infracciones delictivas y dotar a aquéllas de una regulación unitaria, común a todos los sectores en los que la administración pública puede imponer sanciones propias de este ámbito. Esta Ley no tenía, por tanto, por qué invadir el ámbito estrictamente penal ni hacer ninguna modificación en las leyes penales, sobre todo en el Código Penal, que en aquellos momentos estaba a punto de ser reformado con una ley que entró en vigor poco después, en 1969.

No deja, por tanto, de ser sorprendente que de una forma solapada y sin que aparentemente nadie lo hubiera pedido se introdujera a través de esta Ley de Introducción a la Ley sobre las Infracciones Administrativas un apartado 2 en el párrafo 50 en el Código Penal, que literalmente decía lo siguiente: “2. Si faltan en el partícipe las específicas cualidades, relaciones o circunstancias personales (elementos personales especiales), que fundamentan la penalidad del autor, la pena correspondiente debe ser atenuada conforme a la pena de la tentativa”.

Aunque esta atenuación para el partícipe en el que no concurrían los elementos específicos de carácter personal que debe tener el autor de los delitos especiales, había sido defendida por algún sector de la dogmática penal alemana, dicha aspiración no era compartida de forma unánime, ni siquiera mayoritaria, y desde luego tampoco existía ninguna razón de urgencia para introducirla de forma solapada en el Código Penal mediante una Ley de que sólo regulaba el ámbito de las infracciones administrativas. Luego, alguna causa o intención encubierta debió haber para ello. Sin embargo, no deja de ser sorprendente que entonces nadie diera una explicación suficiente de la razón de dicha reforma y todavía hoy, por lo menos en los Tratados de la dogmática penal alemana, tampoco se hable del extraño origen de este precepto, ahora convertido, tras la reforma de 1969, en el apartado 2 del párrafo 28 del

Notas bibliográficas

Código Penal alemán, que reproduce casi literalmente el apartado segundo del anterior párrafo 50.

Un precepto similar fue introducido en el año 2003, en el Código Penal español, cuyo artículo 65.3 establece ahora que: “Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate”.

Si bien el precepto del Código Penal español tiene algunas diferencias con el correspondiente del Código Penal alemán, motivadas en parte por no existir en este último la figura del cooperador necesario y por no referirse el español al cómplice, que de todos modos en el Código Penal español es siempre obligatoriamente castigado con una pena inferior en grado a la del autor (art. 63), la diferencia fundamental entre una y otra regulación, por lo que se refiere a los partícipes en los que no concurren los elementos personales que fundamentan la culpabilidad del autor, es que mientras en la regulación alemana la atenuación de la pena, conforme a lo que dispone el párrafo 49 para la tentativa, es obligatoria para el partícipe (inductor o cómplice), en la española es meramente facultativa para el inductor o el cooperador necesario, excluyéndose al cómplice. No es nuestra intención, sin embargo, hacer ahora un análisis detenido del art. 65.3 del Código Penal español, ni de este libro monográfico dedicado al mismo con la contribución de diversos autores, sino poner de relieve las consecuencias que la introducción de una regla similar en el Código Penal alemán tuvo en la elaboración jurídica del pasado nazi y concretamente en la exclusión de la responsabilidad penal de los que durante la vigencia de aquel régimen contribuyeron, favorecieron o incluso cometieron directamente los crímenes más graves contra la humanidad, incluyendo su participación en el Holocausto, posteriormente calificado como genocidio.

2. Parece realmente anómalo que un precepto aparentemente inocuo y de alcance puramente dogmático pudiera ser utilizado con tal finalidad, pero como se puso ya de relieve en el momento en que se introdujo y posteriormente por algunos autores que se han ocupado del tema, la introducción de este precepto en el Código Penal alemán tuvo de inmediato consecuencias directas en el sobreseimiento de los pro-

cesos que en aquella época se llevaban a cabo contra los responsables de crímenes más brutales cometidos durante el régimen nacionalsocialista, muchos de los cuales quedaron, con base en la reforma que ahora se comenta, completamente exonerados de cualquier tipo de responsabilidad penal por los delitos que cometieron.

Es cierto que tras los procesos de Núremberg llevados a cabo por los tribunales nombrados por los Aliados para juzgar a los principales responsables del régimen nazi (1946-1947), ya en plena Guerra Fría, la fiscalía y los tribunales alemanes mostraron poco interés en la persecución de los crímenes cometidos durante el periodo nacionalsocialista, y buena parte de la opinión pública alemana se mostró partidaria de hacer “borrón y cuenta nueva” y de darle carpetazo a aquel agujero negro de la reciente historia alemana por medio de leyes de amnistía o de punto final, o simplemente dejando languidecer en los juzgados las denuncias y escasos procesos que se habían iniciado tras la normalización de la praxis judicial alemana, sobre todo en la República Federal de Alemania, tras la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn en 1949.

También es cierto que ante la magnitud y gravedad de los delitos cometidos, y ante la preocupación que suscitaba que, como se expresaba gráficamente en el título a un conocido film alemán de la posguerra: *Die Mörder sind unter uns* (*Los asesinos están entre nosotros*), los intervinientes en aquellas monstruosidades estuvieran en libertad ejerciendo sin el menor problema, con sus nombres y apellidos, las mismas profesiones e incluso altos puestos en la administración pública y de justicia, hubo algún intento de iniciar procesos penales contra los principales responsables de dichos crímenes. La mayoría de ellos habían vuelto a desempeñar, de forma más o menos anónima, profesiones liberales como médicos, abogados, comerciantes, empresarios, e incluso a ocupar cargos importantes en diversas instituciones de la administración pública, incluidas la universitaria y la administración de justicia. Y contra muchos de ellos ni siquiera se habían iniciado procesos penales, o estos languidecían en los armarios de los juzgados, sin que nadie se atreviera a llevarlos hasta el final.

No obstante, la impunidad de estos sujetos era tan escandalosa que en algunos casos se llegaron a celebrar procesos que culminaron en condenas que, por

las razones que seguidamente veremos, la mayoría de las veces fueron puramente simbólicas, o se tradujeron en penas leves que ni siquiera llegaron a cumplirse.

Uno de estos procesos fue el llevado a cabo en Ulm, en 1958, contra diez miembros de los *Einsatzgruppen* o *Kommandos*, que fueron los encargados de llevar a cabo la limpieza racial en los países del Este europeo ocupados por las tropas alemanas, eliminando centenares de miles de judíos, bien fusilándolos directamente, o cometiendo todo tipo de brutalidades, como incendiar casas, almacenes o sinagogas mientras estaban dentro personas, o enviando finalmente a los que no habían sido eliminados previamente a los campos de exterminio de Auschwitz, Sobibor o Treblinka, en los que la mayoría perecieron, bien en las cámaras de gas, bien por las deficientes condiciones de vida o de extenuación por los trabajos forzosos a los que fueron sometidos. Concretamente en el Proceso de Ulm, que comenzó en abril de 1958, se juzgaron los crímenes cometidos por los acusados, pertenecientes a uno de los *Kommandos* de intervención, que hasta entonces habían estado en libertad ejerciendo sus respectivas profesiones sin el menor problema.

Todo comenzó cuando uno de ellos solicitó de nuevo, en la administración pública, el puesto que había ocupado antes de enrolarse en los *Einsatzgruppen*. La solicitud de este sujeto, un tal Bernhard Fischer-Schweder, motivó que la Fiscalía investigara las actividades que él y los otros nueve acusados llevaron a cabo en un pueblo de Letonia.

Cuando uno lee los hechos probados que se relatan en la sentencia comprende que la opinión pública alemana no pudiera permanecer insensible ante la gravedad de lo que allí se relataba. Más de 5 000 judíos, hombres, mujeres y niños fueron fusilados, traspor-

tados como animales a base de latigazos y culatazos a los lugares en los que serían ejecutados. Allí eran formados en grupos de diez, obligándoles primero a que abrieran unas zanjales delante de las cuales eran fusilados, y lo mismo hacían con el siguiente grupo que previamente tenían que enterrar a los ya fusilados. Tras las ejecuciones algunos de los autores materiales de estos hechos, luego acusados en el proceso de Ulm, se fotografiaban delante de los fusilados y de las zanjales, celebrando las ejecuciones con botellas de cerveza y licor que mostraban ostentosamente.

El Tribunal de Ulm, como era de esperarse ante la gravedad de los hechos que se declararon probados, condenó a los acusados como “cómplices de asesinatos múltiples” a penas que oscilaron entre tres, cinco, siete y 15 años de prisión.¹

Más adelante trataré de explicar por qué, aun habiendo quedado probado que los hechos fueron realizados directamente por los acusados, éstos sólo fueran condenados como “cómplices”. En todo caso, el proceso tuvo una enorme repercusión mediática y sirvió como revulsivo para iniciar otros procesos similares contra otros muchos criminales nazis, que claramente habían intervenido directa o indirectamente en los crímenes masivos, asesinatos, deportaciones, etc., cometidos durante el régimen nacionalsocialista. El más famoso de estos procesos es el iniciado en Fráncfort del Meno, el año de 1965, a instancias del fiscal general de Hessen Fritz Bauer, contra algunos de los principales responsables de los crímenes cometidos en el campo de exterminio de Auschwitz. Más adelante me ocuparé de las consecuencias que tuvo ese proceso conocido como el *Auschwitz Prozess* (“Proceso de Auschwitz”) en la persecución penal de los principales responsables de los crímenes nazis.²

¹ Sobre el Proceso de Ulm hay numerosas referencias bibliográficas y documentales, muchas de ellas fácilmente localizables en Internet. Un buen resumen del proceso y la sentencia se puede ver en de.wikipedia.org/wiki/Ulmer_Einsatzgruppen-Prozess. Sobre las actividades que en general llevaron a cabo esas *Einsatzgruppen* en los territorios del Este europeo ocupado por las tropas alemanas, hay igualmente numerosa información bibliográfica, que en parte se puede ver en Internet. El trabajo más completo sobre este grupo es el de Helmuth Krausnick, *Hitlers Einsatzgruppen* (1985). También es interesante el de Daniel Goldhagen, *Los verdugos voluntarios de Hitler* (1996). Especialmente importante entre los Procesos de Núremberg fue el proceso contra los dirigentes de estos *Einsatzgruppen*, en el que se pronunciaron varias penas de muerte contra los principales responsables. En este proceso la defensa de los principales acusados presentó un dictamen del penalista Reinhardt Maurach, en el que se decía que los acusados actuaron en defensa putativa del Estado, por razones ideológicas (el dictamen se encuentra incorporado en las actas de ese proceso).

² El Proceso de Auschwitz (o, mejor dicho, los tres Procesos de Auschwitz que tuvieron lugar en Fráncfort del Meno entre 1963 y 1968), tuvo aún mayor resonancia que el de Ulm, y ha motivado gran cantidad de bibliografía, documentos y filmes. Un buen resumen del proceso, de los acusados y de sus actividades, de cómo funcionaba el campo de exterminio, etc., lo ofrecen Werle y Wandres, *Auschwitz vor Gericht, Völkermord und bundesdeutsche Straffjustiz* (Múnich, 1995). Igualmente se puede encontrar abundante información en Internet si se escribe en el correspondiente servidor *Auschwitzprozess*, en alemán, o sus equivalentes en otros muchos idiomas, especialmente en español o inglés.

Notas bibliográficas

3. Tras la finalización del Proceso de Ulm y antes de que comenzara el Proceso de Auschwitz, se planteó, sin embargo, un problema jurídico que necesariamente iba a repercutir en la continuación de los procesos penales apenas iniciados contra los criminales nazis. Y es que conforme al Código Penal alemán vigente en 1945, el delito de homicidio prescribía a los 15 años, y el de asesinato a los 20. Es decir, que ya a partir de 1960 los hechos calificados como homicidio que, por la causa que fuera, no habían sido perseguidos penalmente, quedaban ya prescritos y no podían ser objeto de persecución penal. Y lo mismo tendría que suceder con los hechos calificados de asesinato a partir de 1965.

Ello planteaba el problema de cómo distinguir un simple homicidio doloso de un asesinato, tarea no siempre fácil de resolver puesto que para la calificación de asesinato se necesitaba probar los elementos típicos característicos de este delito, que según el parágrafo 211 del Código Penal alemán son el causar la muerte de otra persona para satisfacer un placer asesino, para satisfacer el instinto sexual, o por codicia u otros motivos bajos, o con alevosía, o cruelmente, o con medios que constituyan un peligro público o para facilitar otro delito o para encubrirlo. A la vista de esta regulación del asesinato, muchos de los acusados que habían participado en los pelotones de fusilamiento o que simplemente se encargaban de tareas que no implicaban intervención directa en las ejecuciones, o que sólo participaron en tareas burocráticas de organización del transporte a los campos de concentración, alegaron que no concurrían en ellos los elementos característicos del asesinato, por lo que fácilmente sus abogados defensores podían mantener la tesis de que los hechos que habían realizado los

acusados todo lo más merecerían la calificación de simples homicidios dolosos, que a partir de 1960 habrían ya prescrito.

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán mantenía una tesis subjetiva de la participación, según la cual los partícipes en un asesinato que no actuaban con voluntad de autor, sino meramente cumpliendo las órdenes de los verdaderos autores, tenían que ser castigados como cómplices con la pena de la complicidad que, a diferencia de la pena aplicable a los autores de asesinato (prisión perpetua), comprendía sólo de tres a 15 años de prisión.³ Esta tesis jurisprudencial determinó que también en los casos en los que la acusación era por asesinato, los tribunales condenaran a los acusados todo lo más como cómplices, con penas privativas de libertad que en ningún caso podían ser superiores a los 15 años y que en la mayoría de los casos fueron de poco más de tres o cinco años, como sucedió en el Proceso de Ulm y luego en el de Fráncfort.⁴

Estas leves penas para sujetos que habían intervenido en los crímenes más graves, incluido el Holocausto, en los campos de concentración y de exterminio, eran a todas luces insuficientes y realmente escasamente proporcionadas a la gravedad de los delitos de los que eran acusados, cuya intervención en los mismos, bien directa o indirectamente, quedaba perfectamente probada. Pero en la dogmática penal alemana de la época apenas suscitaron interés o comentario. Sólo el entonces joven Privatdozent Claus Roxin, quien en su escrito de habilitación *Täterschaft und Tatherrschaft* (1962) y en un artículo que era un capítulo del mismo, publicado en la revista *Goldammer's Archiv* en 1963,⁵ después de haber sido rechazado por la revista *JuristenZeitung*,⁶ criticó esta jurisprudencia,

³ Sobre esta jurisprudencia y sus diversas variante véase Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1962, pp. 51 y ss.; también de forma más resumida, el mismo, *Strafrecht, Allg. Teil*, vol. II, 2003, pp. 11 y s.

⁴ Sin embargo, en los Procesos de Auschwitz se condenó a algunos de los acusados como autores de asesinato con la pena de prisión perpetua, lo que sin duda fue, sólo en parte, un triunfo personal del fiscal Fritz Bauer, quien insistió durante todo el proceso, en contra de la tesis jurisprudencial, que la mayoría de los acusados formaban parte de un mismo grupo criminal, actuando con el mismo propósito criminal, dividiéndose por razones operativas las funciones organizativas y de ejecución que a cada uno le correspondían. Sin embargo, sólo algunos de los acusados fueron condenados a prisión perpetua, recibiendo los demás, considerados como cómplices, penas que oscilaban entre los tres y los 15 años de prisión. No obstante, la condena a prisión perpetua, rompiendo con la jurisprudencia de estos casos y la resonancia que este proceso tuvo en la sensibilización de la opinión pública (no siempre favorable a este tipo de procesos) debió preocupar a quienes querían borrar para siempre este pasado de la historia alemana y de sus propias historias, de ahí que pronto comenzaran maniobras para evitar que se volvieran a celebrar procesos similares.

⁵ "Mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate", *Goldammer's Archiv*, 1963.

⁶ En el libro de Barbara Just Dalhman y Helmuth Just, *Die Gehilfen* (1988), se cita una encuesta hecha en los años sesenta entre los profesores de Derecho penal entonces más destacados preguntándoles su opinión sobre la jurisprudencia que consideraba que los criminales nazis sólo podían ser castigados como "cómplices". Paradójicamente, la mayoría se abstuvo de dar su opinión o dio evasivas de carácter moral o jurídico; aunque otros, como Spendel o Baumann, la criticaron abiertamente. Digna de resaltar es la frase que dijo Baumann de que con la



considerando que en casos como el de los llamados “delincuentes de escritorio”, igual que en el de otros miembros del aparato de poder nazi que decidieron y organizaron el exterminio de millones de judíos y de otros grupos de personas como gitanos, delincuentes comunes, asociales, etc., se trataba de verdadera “autoría” (mediata), en la medida que todos eran integrantes de una organización, las SS, que actuaban jerárquicamente, siguiendo las órdenes de sus inmediatos superiores, desde Hitler, Himmler o Heydrick, hasta el último eslabón que eran los meros ejecutores, autores directos de los asesinatos. En otro trabajo me he ocupado de las razones que hicieron que la tesis de Roxin no tuviera entonces ningún éxito ni en la jurisprudencia ni en la doctrina alemana de la época, y de los avatares que dicha tesis sufrió hasta que finalmente fue aceptada y aplicada por el Tribunal Supremo alemán para fundamentar la condena de los dirigentes de la República Democrática Alemana por los delitos cometidos en dicho país durante la época de la separación en dos de la nación alemana, entre otros por

los guardianes del muro de Berlín que dispararon y mataron a muchos de los que intentaron escapar a la República Federal de Alemania.⁷

En la praxis destacó sobre todo en la defensa de una tesis similar a la de Roxin el fiscal general del Estado de Hessen, Fritz Bauer, quien se esforzó en vano por demostrar que los acusados en el proceso por los crímenes cometidos en el campo de exterminio de Auschwitz eran todos autores de asesinatos, que cometían formando parte de un mismo plan organizado, en el que con un designio común se distribuían las diferentes tareas organizativas, de vigilancia, de ejecución, de selección en la Rampa, etcétera.⁸

Según han demostrado recientes trabajos publicados sobre Fritz Bauer, éste se hallaba especialmente interesado en dicho tema, por razones incluso de tipo personal. Siendo ya un joven juez en la República de Weimar, fue expulsado de este puesto por ser judío; tras pasar algún tiempo en un campo de concentración se vio obligado a vivir en el exilio, primero en Dinamarca, luego en Suecia, regresando a Alemania

teoría subjetiva en la época del nacionalsocialismo “hubo un solo autor, Hitler, y 60 millones de cómplices”. Uno de los que respondió a esa encuesta fue el entonces joven Privatdozent Claus Roxin, quien no sólo se expresa en contra de dicha jurisprudencia, sino que señala que ha escrito un artículo defendiendo su tesis de que en estos casos se puede hablar de autoría mediata; indica que dicho artículo lo ha enviado para su publicación a la revista *JuristenZeitung*, que, sin embargo, no lo había publicado, lo que motivó que, como él mismo dice, dirigiera una carta de protesta a dicha revista. Luego el artículo salió publicado en *Goldammer's Archiv*, citado anteriormente. Merece la pena transcribir literalmente la respuesta de Roxin el 15.1963 (pp. 167 y s. del mencionado libro):

Le agradezco cordialmente el envío de su escrito sobre los Procesos NS (se refiere a los procesos contra los nazis: NT). Comparto plenamente su preocupación y también su opinión de que es tarea de la ciencia alemana del Derecho penal “volver a poner en su sitio los límites desplazados”. Por esta razón elegí como Lección para mi Habilitación el 14.2.1963 en Hamburgo el tema “Delitos en el marco de aparatos de poder organizados”. En este trabajo he criticado la tendencia de la jurisprudencia a conceder una circunstancia atenuante por la vía no prevista legalmente de la complicidad, criticando con ello también vehementemente la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Stachinsky. El manuscrito de dicho trabajo lo envié para su publicación a la Revista Juristenzeitung el 5.2.1963. Ante la inminente actualidad del tema (en aquel momento se debatía el caso Eichmann: NT) les pedí que me dieran una pronta respuesta e incluso les escribí aún dos cartas más en este sentido, sin haber obtenido hasta la fecha ninguna respuesta. Pero dada la importancia del tema, quiero publicarlo, en todo caso, si no en esta revista en cualquier otra.

Como ya es sabido, el trabajo se publicó finalmente en *Goldammer's Archiv*. Para más detalles sobre este incidente y otros avatares que tuvo esta teoría de Roxin hasta que fue acogida por el Tribunal Supremo alemán en 1992 en relación con la responsabilidad de los dirigentes de la antigua República Democrática Alemana por las muertes causadas por los guardias fronterizos en el Muro de Berlín, me remito a mi artículo citado en la siguiente nota.

⁷ BGHS 40, 268; véase, al respecto, Muñoz Conde, *Festschrift für Wolter*, 2013, S. 1415, 1427; en español: “La autoría mediata por control de aparato de poder como instrumento de la elaboración jurídica del pasado”, *Revista Penal*, 2013 (también en *Libro Homenaje a Nodier Agudelo*, Ibáñez, Bogotá, 2013; y en *Intervención delictiva y Derecho penal internacional*, Alicia Gil [dir.], Elena Maculan [coord.], Madrid 2013, pp. 259 y ss.).

⁸ Véase un resumen de su informe en Steinke, Ronen, *Fritz Bauer oder Auschwitz vor Gericht*, Múnich, 2013, pp. 178 y ss. La bibliografía aparecida sobre Fritz Bauer y sus esfuerzos para poder llevar a cabo el Proceso de Auschwitz es ya inabarcable. En Fráncfort del Meno hay un Fritz Bauer-Institut en el que se puede encontrar todo el material existente sobre Bauer y sobre el Proceso de Auschwitz. Entre las muchas obras aparecidas recientemente, además de la Ronen Steinke anteriormente citada, cabe mencionar el volumen colectivo editado por el Jüdisches Museum de Fráncfort del Meno en colaboración con el Fritz Bauer-Institut y el Ministerio de Justicia de Turingia, con motivo de la Exposición que hubo en el 2013 en el 50 aniversario de la iniciación del Proceso: “Fritz Bauer Der Staatsanwalt”. Hay también varias películas al respecto. En noviembre del 2014 se estrenará en Alemania una película que ya está publicitada: *Im Labyrinth des Schweigens* (*En el laberinto del silencio*).

Fritz Bauer apareció muerto el 1º de julio de 1968 en la bañera de su casa, al parecer por haber ingerido varios somníferos, sin que hasta hoy haya quedado muy claro si su muerte se debió a un accidente, a suicidio o a la acción de alguna tercera persona. Exactamente tres meses después de su muerte entró en vigor la reforma del parágrafo 50 del Código Penal alemán, que de haber estado en vigor a principios de los años sesenta hubiera impedido o al menos hubiera sido un grave obstáculo para llevar a cabo el proceso que tanta fama le dio.

Notas bibliográficas

tras la caída del régimen nacionalsocialista. A su regreso fue nombrado fiscal y se hizo famoso por iniciar en los años cincuenta un proceso contra un dirigente neonazi que manifestó públicamente que los militares que llevaron a cabo el atentado contra Hitler en junio de 1944 (Operación Walkiria) eran unos traidores. El proceso se saldó con una condena simbólica de dicho dirigente, sin mayores consecuencias.⁹ Posteriormente, tras su nombramiento como fiscal general de Hessen, comenzó sus primeras investigaciones sobre algunos dirigentes nazis, entre ellos Adolph Eichmann. A pesar de que tenía ya los datos sobre dónde se encontraba dicho sujeto, emigrado clandestinamente a Argentina, no consiguió que los representantes diplomáticos alemanes en ese país hicieran el menor esfuerzo por localizarlo ni que el gobierno alemán de la época Adenauer solicitara su extradición; así que, según ha reconocido posteriormente el propio gobierno israelita, fue Bauer el que permitió que un miembro del Mossad israelí accediera clandestinamente a su despacho en que se encontraban los documentos que demostraban dónde estaba escondido uno de los responsables del Holocausto. El tal Eichmann era buscado porque, además de haber intervenido en 1942 en la reunión de Wannsee donde se decidió la “solución final (*Endlösung*) de la cuestión judía” (el exterminio de los judíos), había sido el encargado de organizar la detención y posterior transporte de los judíos detenidos en los países del Este europeo a los campos de exterminio donde la mayoría fueron asesinados. Bauer sabía que, conforme a la tesis subjetiva de la participación seguida por la jurisprudencia alemana en aquellos años, Eichmann todo lo más sería condenado como cómplice, y nunca como verdadero autor, así que consideró más conveniente que fuera juzgado en Israel. Efectivamente, una vez que comenzó el proceso contra Eichmann en Jerusalem, su abogado defensor defendió que éste, conforme al Derecho vigente en aquel momento en Alemania, todo lo más podía ser condenado como cómplice, tesis que ciertamente no siguió el Tribunal de Jerusalén que condenó a Eichmann a la pena de muerte como uno de los principales responsables del Holocausto judío.¹⁰

Mientras tanto, muchos “delincuentes de escritorio” como Eichmann, integrados en el aparato burocrático de las SS, y los ejecutores de los crímenes nazis, que vivían en absoluta libertad en Alemania, se beneficiaban de la prescripción de sus delitos, o cuando mucho arriesgaban ser condenados como cómplices con penas de prisión de escasa duración que en muchos casos ni siquiera cumplirían, en las pocas ocasiones en los que se llegara a imponerles efectivamente una pena.

4. Aun así, hubo muchos juristas y políticos que seguían considerando que había que terminar ya con aquellos procesos, en los que muchos de ellos podían verse involucrados, y hacer borrón y cuenta nueva con el pasado nacionalsocialista. Las posibilidades jurídicas eran, sin embargo, limitadas, sobre todo teniendo en cuenta que, aun siguiendo la tesis de la complicidad, tanto entre algunos miembros de la fiscalía como en algunos Tribunales de Justicia, había quienes se mostraban dispuestos a seguir adelante, investigar y, en su caso, perseguir y condenar penalmente a los principales responsables de los crímenes nazis. Por otra parte, la opinión pública internacional, los juristas y los gobiernos de los Estados aliados (recuérdese que en aquella época, principios y mediados de los sesenta, Alemania seguía oficialmente ocupada por las potencias vencedoras en la Segunda Guerra Mundial) miraban expectantes cómo se resolvían estos procesos y qué es lo que finalmente se hacía judicialmente con los criminales nazis.

Ante la inminente prescripción de estos delitos, y con la teoría subjetiva de la participación en pleno apogeo, la elaboración jurídica del pasado nazi, apenas comenzada, estaba a punto de paralizarse y dejar impunes los crímenes más graves que habían cometido los miembros de un aparato de poder estatal de carácter criminal. Y efectivamente esto fue lo que ocurrió; y como veremos enseguida, a pesar de la alarma social que ello podía provocar tanto a escala nacional alemana como internacional, la temida impunidad se produjo en la forma más anómala que podía imaginarse: a través de una complicada y refinada construc-

⁹ Sobre este proceso, véase Steinke, Roland, *op. cit.*, pp. 123 y ss. También el artículo de Boris Burghard, “Vor 60 Jahren: Fritz Bauer und der Braunschweiger Remer-Prozess”, *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, 2012 (y mi recensión al mismo en *Revista Penal*, 2012).

¹⁰ Sobre el proceso de Eichmann en Jerusalén hay igualmente abundante material bibliográfico y documental, así como amplias referencias en Internet. Uno de los libros más famosos al respecto es el de Hanna Arendt, *Der Eichmann Prozess* (versión alemana de 1989).

ción jurídica dogmática que sólo los más destacados expertos podían detectar, introduciendo en el Código Penal por la puerta falsa, a través de una ley reguladora de las infracciones administrativas, la atenuación obligatoria de la pena para los partícipes en los delitos cuya autoría se fundamenta por la concurrencia de especiales elementos, cualidades, relaciones o circunstancias personales que no concurren en el partícipe. Es decir, justamente en un momento en el que el debate sobre las condenas habidas en el Proceso de Auschwitz iniciado por Bauer era más candente, y en el que algunos llegaron a cuestionar que realmente se hubieran cometido las brutalidades que se cometieron (la llamada *Auschwitzlüge* o “mentira de Auschwitz”, que posteriormente llegó a tipificarse como delito); de repente, de una forma indirecta y solapada, a través de una ley que nada tenía que ver con el Derecho penal, se introdujo en el Código Penal alemán el apartado segundo del parágrafo 50 que acoge e impone legalmente una tesis que pronto dejaría en nada los pocos procesos que ya se habían iniciado contra los responsables vivos del Holocausto.

5. No obstante, una vez que entró en vigor el citado precepto, se planteó ulteriormente otra cuestión que era de gran importancia para resolver el problema de la persecución de los crímenes nazis, ya bastante dificultada por la teoría subjetiva de la participación que aplicaba el Tribunal Supremo. Esta cuestión, que todavía sigue siendo objeto de gran discusión en la doctrina alemana, era la siguiente: ¿cuáles de entre las circunstancias cualificadoras del asesinato podían considerarse como elementos de carácter personal que de no concurrir en los partícipes motivaban que éstos se beneficiaran de una atenuación importante de la pena, que incluso al ser inferior a los 15 años podía considerarse ya como prescrita desde 1960?

La respuesta vino dada por el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo alemán) inmediatamente después de la entrada en vigor de la citada reforma. Y efectivamente, en una sentencia de 20 mayo de 1969 del V. Senado de dicho tribunal, bajo la presidencia de Werner Sarsted,¹¹ se dijo lo siguiente:

Queda probado que el acusado, miembro de la Sección de Judíos (*Judenreferat*) en la Comandancia de la Policía de seguridad en Cracovia contribuyó como cómplice a las medidas de exterminio contra numerosos judíos. El Tribunal del Jurado admitió además, como hecho probado, que las víctimas fueron ejecutadas sólo por odio racial. Sin embargo, el acusado no tenía ese bajo motivo, sino que, como funcionario de policía y miembro de las SS, sólo obedecía órdenes, aunque las consideraba criminales. Esta clase de complicidad se castiga, conforme a la nueva redacción del parágrafo 50.2 del Código Penal, con la pena de reclusión de tres a 15 años. El hecho prescribe, por tanto, a los 15 años” (*BGHSt*, vol. 22, p. 249).

Con esta decisión se mataban, por así decir, dos pájaros de un solo tiro: por un lado, se interpretaba el alcance del parágrafo 50,2 que se había introducido en el Código penal pocos meses atrás, en octubre en 1968, y, por otro, se daba carta de naturalización a la interpretación del elemento cualificador del asesinato llamado “motivos bajos (*niedrige Beweggründe*)” como un elemento personal referido al autor, y al propio asesinato como tipo autónomo y no como un mero homicidio cualificado o agravado.

Respecto de la primera cuestión, se entendía que cuando en el partícipe —que podía ser también el inductor, pero que generalmente en el caso de los crímenes de los nazis se refería, conforme a la jurisprudencia de entonces, sólo al cómplice— no concurría el elemento personal que sí concurría en el autor, la pena aplicable era la de la tentativa, cuyo marco penal se movía entre los tres y los 15 años de privación de libertad; es decir, una pena inferior a la que correspondía al autor del asesinato consumado que era la de prisión perpetua. Ello, como después veremos, tenía especial importancia, porque en ese caso la pena del partícipe prescribía el 7 de mayo de 1960, que era cuando se cumplían los 15 años que marcaba la ley para los hechos castigados con esta pena y que habían sido cometidos antes del 7 de mayo de 1945, fecha en la que terminó la Segunda Guerra Mundial, al menos para los alemanes. Dado que la mayoría de los

¹¹ No deja de ser paradójico que este prestigioso juez escribiera diez años después el Prólogo a un libro de Barbara Just Dahlman (*Tagebuch einer Staatsanwältin*, 1979, pp. 7 y s.), una fiscal que posteriormente se hizo famosa por encabezar junto con su marido una campaña contra la jurisprudencia que calificaba a los criminales nazis como cómplices y que incluso escribiera un libro sobre ello (*Die Gehilfen*, a. cit en nota 6). En dicho Prólogo no se refiere para nada a este tema, sino a otras actividades sin duda meritorias de la citada fiscal, como su lucha por la reforma del Derecho penal sexual de aquella época, en la que aún se penalizaba el adulterio y los actos de homosexualidad entre adultos; en lo que, por cierto, también se destacó Fritz Bauer, con publicaciones muy interesantes al respecto.

Notas bibliográficas

procesos contra los criminales nazis en la jurisdicción alemana habían comenzado después del 7 de mayo de 1960, esto quería decir que todos los que habían comenzado después de esa fecha tenían que ser automáticamente sobreseídos por haber ya prescrito.

Todavía quedaba, sin embargo, un escollo que saltar, que con la reforma de 1968 igualmente se solucionó, aunque de una manera harto discutible. Y es que, por muy fielmente que se siguiera la teoría subjetiva de la participación elaborada por el *Bundesgerichtshof* para resolver un caso también con connotaciones políticas, el llamado caso *Stachinsky*,¹² era difícil asumir que, como ya quedó patente en el proceso de Ulm contra algunos miembros de los *Einsatzgruppen* y luego en el de Fráncfort contra algunos de los que habían intervenido en el exterminio de millones de personas en los campos de Auschwitz y otros vinculados a éste, los hechos brutales de asesinatos cometidos directamente por los acusados mediante fusilamientos, tiros en la nuca, selección en la Rampa para enviar a los que no eran aptos para el trabajo a las cámaras de gas, distribución y organización de los transportes a los campos de concentración o exterminio, etc., fueran considerados como meros cómplices y castigados con penas mucho más leves que las que les hubieran sido adjudicadas si se les hubiera considerado autores, a los que se les aplicaba como reos de asesinato la pena de prisión perpetua.

El nuevo precepto introducido en la reforma de 1968, el parágrafo 50.2 del Código Penal alemán vino, sin embargo, a reforzar indirectamente la teoría subjetiva de la participación y con ello la calificación como cómplices de los autores materiales de los asesinatos, y en todo caso excluir para ellos la calificación de asesinato. En efecto, si el “motivo bajo”, en este caso, el odio racial que animaba sin duda la política de exterminio de los judíos —planificada y llevada a cabo por el aparato de poder de las SS—, es un elemento de carácter personal y éste sólo concurre en el autor o autores principales (es decir, en Hitler, Himmler o Heydrich, que eran los

únicos considerados como autores principales del Holocausto en aquella época por haber actuado por motivos raciales de odio al pueblo judío), pero no en el partícipe; éste, como decía el apartado 2 del parágrafo 50 (ahora con una redacción prácticamente idéntica, el apartado 2 del actual parágrafo 28), aunque conozca que el autor principal actúa por este motivo, no puede ser castigado como autor de un asesinato, cualquiera que haya sido su contribución material en la ejecución de estos crímenes. Evidentemente, con ello se rompía con el criterio de la accesoriedad de la participación, conforme al cual el partícipe responde del delito en el que ha participado y, por tanto, también se le computan las circunstancias típicas que concurren en el autor, aunque sean de carácter personal, siempre que las conozca.¹³ Algo que sin duda puede ser discutible, pero que con el nuevo apartado introducido en el parágrafo 50 del Código Penal en la reforma de 1968 no tenía vuelta de hoja, o al menos así lo entendió la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 20 de mayo de 1969, antes citada, pocos meses después de haberse producido la reforma, en la primera interpretación jurisprudencial que se hizo de la misma.

A partir de esta sentencia el destino de los procesos penales ya iniciados o de los que aún quedaran por iniciar, quedaba sellado, y así lo entendió la fiscalía alemana de la época, que siguiendo el criterio jurisprudencial establecido por esta sentencia, inmediatamente pidió el sobreseimiento de los procesos penales pendientes y dejó de iniciar otros procesos por los mismos crímenes cometidos durante el nacional-socialismo por los que ahora, con mayor apoyo legal, se calificaba como meros cómplices.

6. Pronto se levantaron voces en los medios de comunicación alemanes e incluso entre algunos políticos y juristas quienes de inmediato advirtieron que una reforma —aparentemente sólo técnica— iba a tener unas consecuencias jurídicas y políticas de las que al parecer no habían sido conscientes los que la patro-

¹² Al que ya Roxin aludió críticamente en una nota en la primera edición de su *Täterschaft und Tatherrschaft* (1962, p. 105, nota 52), como un paso atrás de la jurisprudencia alemana aplicando la teoría subjetiva de la participación, que él criticaba vehementemente. El caso se refería a un agente de una potencia extranjera (probablemente de la KGB soviética), quien mató con una especie de cerbatana a dos políticos exiliados, siguiendo las instrucciones de la agencia de espionaje de la potencia extranjera. El tribunal alemán consideró que al no actuar el agente extranjero en su propio interés tendría que ser castigado como cómplice y no como autor, autoría que, lógicamente, de acuerdo con la tesis jurisprudencial, correspondía a la agencia gubernamental del país extranjero, a cuyo servicio y en cuyo interés actuaba el agente.

¹³ Sobre este principio y sus consecuencias en la teoría de la participación, véase Roxin, *Strafrecht, op. cit.*, pp. 128 y ss.

cinaron.¹⁴ Algunos denunciaron esta reforma como un error o fallo (*eine Panne*) legal; pero otros fueron más allá y denunciaron abiertamente que detrás de ese “error” había en realidad una voluntad decidida de acabar de un plumazo con los procesos penales puestos en marcha para perseguir y condenar en su caso a los responsables de los peores crímenes cometidos por los nacionalsocialistas, que vivían en absoluta libertad, incluso a veces sin ocultar su identidad, bajo el lema que había ya hecho mella en la legislación y en la jurisprudencia alemanas: “No fui yo, fue Hitler”. O simplemente alegando que se limitaron a cumplir las órdenes que recibían –que en aquellos momentos tenían la apariencia de legalidad–, por proceder del mismo Führer, cuya voluntad había sido declarada por los juristas alemanes más competentes del momento como una fuente directa del Derecho.

Pero si no fue simplemente una *Panne*, sino algo intencionalmente buscado para conseguir el efecto que se consiguió, ¿quién era el responsable de esa *Panne*? Pronto las miradas se dirigieron a Eduard Dreher, Secretario de Estado en el Ministerio Federal de Justicia y uno de los más importantes penalistas de la época, autor, entre otras obras, de uno de los Comentarios al Código Penal más autorizados y utilizados por los teóricos y prácticos del Derecho penal de aquella época.¹⁵ Dreher había sido además secretario o coordinador de la Sección de Reforma del Código Penal, que dio lugar al Proyecto de Código Penal de 1962. Sin embargo, no intervino directamente en la elaboración de la Ley de Infracciones Administrativas, ni en la Ley introductoria a la misma, así que difícilmente podía ser considerado responsable de lo que con esta Ley se había introducido en el Código Penal.

Entonces, ¿por qué las miradas se dirigieron hacia él y le apuntaron de forma directa o indirecta como el

verdadero artífice de la introducción del apartado 2 en el parágrafo 50 del Código Penal alemán?

En primer lugar, porque todo el mundo recordaba el terrible pasado que el tal Dreher tenía como uno de esos *furchtbare Juristen* (“temibles juristas”) del régimen nacionalsocialista, de los que habla Ingo Müller.¹⁶ En efecto, Dreher había sido en 1944 fiscal del Tribunal de Menores en la ciudad de Innsbruck, y en tal calidad de fiscal había solicitado y conseguido la pena de muerte para jóvenes acusados de delitos menores tales como robos de pequeña cuantía. En algunos casos en los que el Tribunal no aplicaba la pena de muerte solicitada por Dreher, éste recurría y conseguía finalmente que se aplicara. Estos datos eran irrefutables y estaban en su currículum, pero un informe favorable del fiscal que se hizo cargo de la Fiscalía tras la guerra determinó que, como tantos otros juristas, jueces o fiscales con pasados similares durante el régimen nazi, fuera readmitido de nuevo en la función pública, llegando a ser uno de los juristas más destacados en el Ministerio Federal de Justicia en los años sesenta. No obstante, tuvo que soportar que todavía en aquella época muchos recordaran su pasado en la etapa nazi y que incluso desde la República Democrática Alemana se solicitara su extradición para ser juzgado allí por crímenes contra la humanidad, a lo que el gobierno de la República Federal Alemana se negó rotundamente.¹⁷ Eran los tiempos de la Guerra Fría, y los gobiernos de los dos Estados alemanes, separados tras la Segunda Guerra Mundial, no mantenían precisamente buenas relaciones, y de esto se aprovechó Dreher, quien llegó a recibir a principios de los años setenta un libro homenaje editado por Hans Heinrich Jescheck, en el que colaboraron los principales penalistas alemanes de aquella época, sobre todo profesores de Derecho penal, a pesar de que Dreher nunca llegó a ser profesor o catedrático de Derecho penal en ninguna universidad alemana.¹⁸

¹⁴ Sobre las consecuencias de esta reforma y la polémica que suscitó, véase Greve, Michael, “Amnestierung von NS-Gehilfen-eine Panne?”, *Kritische Justiz*, 2000, 3, pp. 412 y ss. Más recientemente se han ocupado tanto del origen de esta reforma como de las dificultades interpretativas que la misma encierra, Hubert Rottleuthner, “Hat Dreher gedreht?”, *Rechtshistorisches Journal*, núm.20, 2001, pp. 665 y s.; Frommel, “Taktische Jurisprudenz – die verdeckte Amnestie von NS- Schreibtischtätern 1969 und die Nachwirkung der damaligen Rechtsprechung bis heute”, *Festschrift für Hubert Rottleuthner*, 2011, pp. 458 y ss. (hay una versión más actualizada publicada en Internet: www.uni-kiel.de/isk/cgi). También se refiere a este tema, aunque de paso, Vormbaum, *Einführung in die juristische Zeitgeschichte*, 2ª ed., 2012, pp. 219 y ss. y Muñoz Conde, *Festschrift für Bernd Schünemann*, 2014.

¹⁵ Véase Dreher, Eduard, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, varias ediciones, continuadas a partir de 1990, por Tröndle.

¹⁶ Müller, Ingo, *Furchtbare Juristen*, 1987.

¹⁷ En de.wikipedia.org/wiki/Eduard_Dreher se encuentra una amplia bibliografía de Eduard Dreher, en la que se narran sus actividades como fiscal en el Tribunal de Menores de Innsbruck durante los años 1943 a 1945.

¹⁸ Jescheck, Hans-Heinrich y Lüttger, Hans (eds.), *Festschrift für Eduard Dreher*, Berlín, 1977. Ni qué decir tiene que en el Prólogo de ese libro homenaje para nada se menciona su pasado en el régimen nacionalsocialista, destacándose sólo sus virtudes como jurista y su respeto por el Estado de Derecho.

Notas bibliográficas

De lo que no cabe duda es que Dreher tenía los suficientes conocimientos de Derecho penal como para ser consciente de las consecuencias que iba a tener la reforma del párrafo 50 del Código Penal. Y aunque no intervino directamente en la elaboración de la Ley sobre las Infracciones Administrativas, sí debía que tener conocimiento del contenido de la misma, y tuvo que ser consultado, o incluso fue el que personalmente influyó en que se introdujera la reforma del párrafo 50 en el Código Penal, sobre todo si se tiene en cuenta que el presidente de la Comisión encargada de la elaboración de la Ley sobre las Infracciones Administrativas era Theodor Lanckner, catedrático de Derecho penal, muy vinculado a Dreher.

Por supuesto, que Dreher siempre negó cualquier responsabilidad en la citada reforma, que incluso llegó a deplorar públicamente como un fallo legislativo, proponiendo incluso alguna interpretación correctora del mismo.¹⁹

Pero el mal (o el bien para algunos, quizás para el propio Dreher, quien en cualquier momento podía ser también acusado por su pasado nazi) estaba ya hecho, y no cabía vuelta atrás. La prolongación de los plazos de prescripción del asesinato en 1969, a 30 años, e incluso la no prescripción del asesinato y el genocidio tanto para los autores como para los partícipes en 1975 que, a raíz del escándalo provocado por la reforma del párrafo 50, fueron aprobadas posteriormente por el Parlamento alemán, no afectaba los procesos que habían sido ya sobreseídos. En consecuencia, los procesos penales contra los criminales nazis apenas iniciados quedaron paralizados, y esa paralización produjo en muchos sectores de la opinión pública alemana, pero también internacional, una sensación de impunidad que todavía pesa como una losa para la elaboración jurídica, social y política del pasado nacionalsocialista.

El tema ha vuelto a ponerse de moda a raíz de la aparición en Alemania en el 2009 de una breve novela de Ferdinand von Schirach, *El caso Collini*, en la que se relatan las consecuencias que tuvo esta reforma en la reacción asesina de uno de los protagonistas

de esa novela.²⁰ Fuera de esta narración, ya nadie, ni siquiera en el ámbito de los penalistas y dogmáticos alemanes más importantes, parece acordarse ya en Alemania de las consecuencias que tuvo la reforma del entonces párrafo 50 (actual párrafo 28) en el sobreseimiento de los procesos penales contra los criminales nazis. Y a nadie se le ha ocurrido invocarlos, cuando casi 50 años más tarde, en el 2011, un Tribunal de Múnich ha condenado a cinco años de prisión por complicidad en 27 000 asesinatos a un guardián en el campo de exterminio de Auschwitz, un anciano de 95 años, John Iwan Demianjuk, llamado “Iván el Terrible”.²¹ Con ello parece que la justicia alemana ha querido superar el pasado oprobioso a que llegó con la teoría subjetiva de la participación y con la aplicación del apartado 2 del antiguo párrafo 50 del Código Penal. Desde luego, nadie ha preguntado si Demjanjuk actuó con voluntad de autor o de partícipe, y si concurrían en él los motivos bajos racistas que determinaban y determinan aún la calificación de asesinato y la pena de prisión perpetua sólo para los autores principales de ese delito. Simplemente ahora se estima que con la no prescripción del asesinato declarada y aplicada con un discutible efecto retroactivo en 1975 a hechos sucedidos antes de esta reforma, no había ya ningún inconveniente en juzgarlo y condenarlo, pero sólo como cómplice, no por aplicación de la denostada teoría subjetiva, sino simplemente porque se considera que un simple guardián no aportaba una contribución importante a la realización del Holocausto. Con la condena como cómplice del tal Demjanjuk, que ni siquiera llegó a cumplir, al morir poco después (2012) en un asilo de ancianos, se ha conseguido un efecto simbólico, lavando al mismo tiempo una imagen que 50 años antes había quedado bastante mal parada.

7. Lo que en 1968 se consideró una solución dogmática discutible, pero políticamente conveniente para enterrar el pasado nazi de muchos importantes personajes alemanes de la posguerra en todos los ámbi-

¹⁹ Para más detalles sobre la polémica doctrinal surgida a partir de la introducción del apartado 2 del párrafo 50 del Código Penal alemán, véanse los artículos de Greve, Rottleuthner y Frommel citados anteriormente en nota 14.

²⁰ Véase Ferdinand von Schirach, *El caso Collini*, pp. 136 y ss. de la traducción española (Barcelona, 2013).

²¹ Sobre el caso Demjanjuk, véanse las referencias que sobre el mismo han aparecido durante la celebración del Proceso en Múnich en los medios de comunicación e Internet durante los años 2010 y 2011. Un excelente trabajo, aún en prensa, sobre este caso, es el de Werle y Burghard, “Zur Gehilfenstrafbarkeit bei Massentötungen in nationalsozialistischen Vernichtungslagern – Der Fall Demjanjuk im Kontext der bundesdeutschen Rechtsprechung” en el libro homenaje a Werner Beulke, actualmente en prensa. Una traducción de este trabajo al español realizada por Claudia Cárdenas Aravena, está también en prensa y tiene prevista su publicación en el núm. 34 de *Revista Penal*, enero de 2015. Agradezco al profesor Werle que haya puesto a mi disposición este importante trabajo.

tos de la vida académica, judicial y económica, se ha transformado ahora en un problema dogmático, sobre cuyo contenido, igual que hacen ahora los autores de este libro sobre “La responsabilidad en los delitos especiales” en relación con el art. 65.3, es objeto de discusión entre los penalistas alemanes en la actualidad, sin mencionar su espurio origen histórico.

Sin duda las complejas interpretaciones que ambos preceptos, el alemán y el español, suscitan pueden ayudar a resolver con claridad los muchos problemas interpretativos que abundan en esta materia, sobre todo en el ámbito de los delitos económicos y todos los relacionados con la corrupción política. Ojalá que muchas de las teorías expuestas en este libro no se utilicen para, de un modo u otro, provocar la impunidad de quienes campando por sus respetos y en plena etapa democrática han convertido nuestro país en una Plaza de Monipodio o, lo que es peor, en el “saqueo de Roma”. En unos momentos en los que las continuas reformas del Código Penal español de 1995 están relacionadas con problemas concretos de la sociedad española (basta sólo con recordar la declaración de imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado muerte en el 2010, o la introducción en el Código Penal de la llamada “doctrina Parot” para justificar la aplicación con efecto retroactivo que había hecho el Tribunal Supremo a los presos de la organización vasca terrorista ETA, al referir los beneficios penitenciarios y la libertad condicional a la suma total de las penas privativas de libertad impuestas y no como marcaba la ley entonces al máximo legal previsto de 30 años; o las amnistías fiscales y configuración de la regularización fiscal en la más reciente reforma del delito fiscal, calificándola como “causa de exclusión de la tipicidad penal” para excluir prácticamente del ámbito penal a todo el que pueda y tenga capacidad para arreglar sus cuentas con la Hacienda); y en unos momentos en los que está pendiente una amplia reforma del Código Penal que, entre otras cosas, altera la relación entre penas y medidas de seguridad, refunde tipos delictivos, modifica marcos penales o pretende introducir nuevos elementos de carácter personal calificadores del asesinato siguiendo el modelo que introdujo en Alemania el régimen nacionalsocialista, objeto por cierto de frecuentes críticas en dicho país, hay que ser conscientes de las consecuencias

que pueden producir esas reformas en la praxis judicial y no sólo en la mayor o menor coherencia dogmática conforme a unos postulados que tampoco son mayoritarios en nuestra doctrina.

Entre esas consecuencias habría que contar como muy negativa, por lo menos, la enorme inseguridad jurídica que pueden producir, pero también el que esa inseguridad pueda ser aprovechada por algunos para conseguir un efecto de “ley de punto final”, de “borrón y cuenta nueva” y, en definitiva, de impunidad para algunos de los poderosos autores de delitos económicos financieros y de corrupción política que ahora se ven “con la soga al cuello” (sea dicho naturalmente en términos figurados), agobiados por las posibles consecuencias penales de sus comportamientos, tras haber campado largo tiempo por sus respetos y en la más absoluta impunidad. Ojalá que las decisiones judiciales que se adopten al respecto, sean una solución jurídicamente correcta y no, como sucedió con su antecedente alemán, sólo una “políticamente conveniente”.

En todo caso, habrá que tener en cuenta lo que al margen del art. 65.3, introducido en el 2003, han resuelto ya el legislador, la doctrina y jurisprudencia españolas desde los inicios de la codificación penal. Así, por ejemplo, la agravante elemento típico del asesinato “actuar por precio, recompensa o promesa” (art. 139, 2^a), se ha comunicado siempre al que ofrece la recompensa, sin que se le castigue con pena inferior a la del ejecutor, o sin que su participación, como inductor o cooperador necesario, se califique como simple homicidio. No parece desde luego correcto que se castigue al “sicario” por asesinato y al que lo busca y le paga para que mate a su enemigo se le castigue por simple homicidio.²²

Tampoco en relación con los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo (hoy delitos contra la administración pública), se puede ignorar que en el delito de cohecho se castiga tanto la corrupción del funcionario o autoridad (cohecho pasivo) como la del particular (cohecho activo); y lo mismo en el delito de tráfico de influencias (arts. 428, 429). En el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales se castiga, en cambio, sólo el cohecho activo, es decir, al particular que corrompiere o intentare corromper al funcionario públi-

²² Véase Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho Penal. Parte Especial*, 8^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 56.

Notas bibliográficas

co extranjero (art. 445), independientemente de que en el país donde se cometa el acto de corrupción, el funcionario sea o no castigado.

Otras veces el particular tiene un tratamiento privilegiado respecto al funcionario, como en el delito de infidelidad en la custodia de documentos (art. 418), pero al funcionario se le castiga por el delito propio cuando permite el acceso del particular a los documentos que destruye o inutiliza (art. 414); o el acceso a documentos secretos (art. 415), incluso en el caso de secretos relativos a la defensa nacional cuando permite ese acceso “por imprudencia grave” (art. 601). Y en el art. 176 se castiga al funcionario o autoridad que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas, que pueden ser particulares, cometan un delito de tortura. Y si el papel del particular es el de inductor, cooperador necesario o cómplice, no hay ningún problema en castigarlo por el delito de tortura que cometa el funcionario. Sin embargo, la tortura misma realizada por el particular, al no haber una previsión específica para él, deberá ser castigada por otros tipos de delitos contra la integridad moral, lesiones, etcétera.

Hay otros delitos en los que es probable la participación de un particular en la realización del delito que comete el funcionario, como, por ejemplo, la malversación de caudales públicos, sobre lo que el legislador no dice nada respecto de cómo debe castigarse ese particular. Pero entonces no hay ninguna razón para romper con las reglas de la accesoriadad de la participación, haciendo responder al particular como inductor o cooperador necesario de la malversación que el funcionario o autoridad haya cometido. Y en el caso de que sea el particular el que realice la acción de sustracción (hurto, robo o apropiación indebida), pero con el consentimiento del funcionario, éste de todos modos responde por malversación, ya que en el tipo correspondiente también se castiga por malversación al funcionario que “consiente” en que un tercero realice la sustracción (art. 432).²³

Más dificultades plantea el delito de prevaricación como delito contra la administración pública (art. 404), pero no porque no sean aplicables las reglas de la accesoriadad de la participación, sino porque la

pena prevista para ese delito (inhabilitación especial) carece de sentido para el particular. Sin embargo, incluso en este mismo capítulo, en el delito de nombramiento ilegal, no sólo se castiga a la autoridad o funcionario que haga ese nombramiento (art. 405), sino también al particular que lo acepta, si bien con pena de multa (art. 406). Y, desde luego, en algunas modalidades especiales de prevaricación, como las previstas en los delitos sobre la ordenación del territorio (art. 320), sobre el patrimonio cultural (art. 322), o contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 329), el particular es castigado por el respectivo delito al que dé lugar la prevaricación del funcionario, con la particularidad de que a veces al funcionario le favorece ser castigado sólo por la prevaricación y no como cooperador necesario del delito respectivo que cometa el particular.

En los delitos contra la administración de justicia, el problema se plantea de nuevo en el delito de prevaricación (arts. 446 a 449), pero no ya por el problema de la accesoriadad de la participación, sino porque las penas con que se castigan las diversas modalidades de este delito (inhabilitación absoluta o especial) carecen de sentido para el particular. Inducir a un juez a prevaricar es, sin duda, algo que puede ocurrir, bien porque lo haga una persona vinculada afectivamente al juez, o porque alguien le ofrezca dinero a cambio. En el segundo caso, todavía cabe aplicar el cohecho; pero en el primero la inhabilitación especial de la amante para que pueda ser juez en el futuro no parece que deba preocuparle mucho. El problema en este caso no es sólo si el particular debe ser castigado con la misma pena, aunque atenuada, que el funcionario, lo que obviamente carece de sentido al ser una pena de inhabilitación especial, sino qué penas, que no sean las de inhabilitación que no son aplicables al particular, deben preverse legislativamente específicamente para él. Y eso es un problema general que se plantea siempre que el delito tiene para el funcionario, entre otras penas que pueden ser aplicables también al particular (multa, prisión), la pena de inhabilitación.

En otros delitos, el problema de la participación del no cualificado se resuelve expresamente por el legislador. Así, por ejemplo, en el falso testimonio, el

²³ Todos estos son ejemplos extraídos del Código Penal vigente. Desde las primeras ediciones de mi Parte Especial he venido advirtiendo en el capítulo correspondiente a los delitos contra la administración pública (anteriormente con los llamados delitos cometidos por los funcionarios en el ejercicio de sus cargos), de la necesidad de tener en cuenta la distinta configuración de los tipos delictivos para poder resolver los problemas que plantea de participación del particular en ellos. Véase, por ejemplo, Muñoz Conde, F., *Parte Especial, op. cit.*, 19ª ed., pp. 900 y s.

art. 461 castiga con las mismas penas que al testigo falso, a quien presentare a sabiendas ese testigo. Y lo mismo sucede en el delito de favorecimiento de evasión de presos, con el particular que favorece dicha huida (art. 470). Preceptos específicos hay también para castigar al particular en la falsedad de documentos públicos (tres primeros párrafos del art. 392), en la que igualmente se plantea el problema de cómo castigarlo cuando participa en esa falsificación cometida por funcionario público.

Fuera de este ámbito hay también otros casos de delitos especiales, propios o impropios, en los que siempre puede plantearse la responsabilidad del partícipe. Así, por ejemplo, hace ya tiempo que la jurisprudencia rebajó a la categoría de complicidad la cooperación necesaria de la esposa o la suegra del deudor en el alzamiento de bienes, probablemente con la consideración humanitaria de que si les aplicaba la pena del autor, tendrían que ir igualmente a la cárcel, con el consiguiente trastorno de la vida familiar.²⁴

En el libro que comentamos, se discute la participación en los llamados “delitos especiales” en sus diversas modalidades, propios e impropios, bien como delitos consistentes en la infracción de un deber, bien como delitos de dominio, aplicando y discutiendo las diversas posiciones que también se exponen en la dogmática penal alemana, desde la teoría unitaria de la participación que defiende Peñaranda Ramos hasta la teoría de los delitos consistentes en una infracción del deber que defiende Sánchez Vera, y un sinfín de variantes entre ambas posiciones extremas que ofrecen los otros intervinientes (Robles Planas, Rueda Martín, Gómez Martín y Riggi). Todos ellos se enzarzan además en diversas réplicas, a veces agrias, en las que se matizan o explican las diversas posiciones que cada uno defiende sobre el alcance y contenido del art. 65.3 del vigente Código Penal. Lo que en todo caso queda claro, también entre estos autores, es que el tema del que se ocupan se resiste a categorizaciones generales, bien por las propias particularidades de algunos tipos delictivos, bien porque el legislador ha resuelto el problema de mejor o peor forma allí donde le ha parecido conveniente o necesario, dejando

todavía un amplio espacio a las elucubraciones que la imaginación, la inteligencia y el buen hacer de algunos dogmáticos puedan ofrecer, de lo que este libro sin duda es un buen ejemplo. Desde luego soluciones hay para todos los gustos, desde la chusca “atenuante analógica de no parentesco” que hace años alguien proponía para el partícipe no pariente en el antiguo delito parricidio, hasta la que no sería menos chusca “atenuante analógica de no ser funcionario”, que en todo caso chocaría con los casos en los que el legislador expresamente no le ha dado ningún efecto atenuante. ¿Por qué la participación del particular en la malversación de caudales públicos tiene que ser castigada con pena menos grave que la del funcionario, y, sin embargo, si se trata de un delito de cohecho el particular es castigado directa y autónomamente con la misma pena que se impone al funcionario?

Desde luego, parece que mientras no sea el propio legislador el que resuelva estas contradicciones, más vale aplicar con congruencia las teorías generales más o menos asumidas ya desde hace tiempo por la doctrina mayoritaria de la accesoriedad de la participación.²⁵ Antes de que se introdujera en el Código Penal español el art. 65.3, un sector de la doctrina penal española recurría por la vía interpretativa a extravagantes atenuaciones penales más allá de lo que la legalidad vigente permitía. También la jurisprudencia hacía de su capa un sayo, y aplicaba soluciones sorprendentes en casos en los que los nombres de los acusados o determinadas situaciones, más que razones estrictamente jurídicas, decidían que la balanza se inclinara a favor o en contra de una atenuación. Ahora, el art. 65.3, con su misteriosa referencia a “*las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor*”, ofrece, sin duda, con la atenuación facultativa, una base legal de la que la jurisprudencia puede hacer el uso que le dé la gana, sin mayores *calentamientos* de cabeza. Desde luego, a partir de la reforma del 2003, no hay más remedio que tener en cuenta el art. 65.3 cuando se planteen problemas de participación de particulares en delitos especiales que el legislador no ha resuelto expresamente; y los abogados defensores de los par-

²⁴ Sobre la distinción cooperador necesario/cómplice en el delito de alzamiento de bienes, 2ª ed., Barcelona, 1999, pp. 172 y ss.

²⁵ Aunque sea a un nivel elemental, valga por todos la referencia a la accesoriedad de la participación en Muñoz Conde, F., y García Arán, M., *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, donde específicamente en la p. 448 se dice respecto al problema que nos ocupa: “En todo caso, las particularidades de muchos de esos tipos delictivos desafían todo intento de resolver estos problemas con ayuda de teorías generales elaboradas de espaldas a la regulación de los delitos en la Parte Especial”.

Notas bibliográficas

ticulares harán muy bien en invocarlo en los respectivos procesos en beneficio de sus mandantes. Ya en los años noventa del pasado siglo, en Italia, en la época de los procesos iniciados por los jueces *mano pulita* en los casos de corrupción política en los que también eran acusados importantes empresarios de sobornar a los dirigentes políticos (la llamada “tangentopolis”), los abogados defensores de estos empresarios utilizaron la táctica de convertir el delito de cohecho activo del que podían ser responsables sus clientes, en un delito de exacciones ilegales en el que los empresarios aparecían como víctimas de un sistema donde eran obligados a pagar para conseguir las contrataciones con la administración pública.

No sé cuáles serán los caminos que se utilizarán en España para conseguir resultados parecidos, o, por el contrario, para evitar ese tipo de burlas al sistema punitivo. Sin duda, el art. 65.3 puede ser, como se pone de relieve en este libro, un instrumento que al menos permita atemperar la rigidez del principio de la accesoria de la participación, o para distinguir distintos niveles de responsabilidad entre los que están especialmente obligados por razón de su cargo a respetar la ley, y los que no tienen especiales deberes; pero, desde luego, y al margen de las distintas concepciones dogmáticas que se tengan respecto de su contenido, igualmente se puede utilizar para conseguir sustanciosas rebajas en la pena que merezcan los particulares participantes en los delitos de corrupción, hasta el punto de dejarlos prácticamente impunes. Desde luego, cuando se planteen estos casos, la jurisprudencia tendrá que fundamentar muy bien cuándo, cómo y por qué hará uso de la facultad de atenuación facultativa que le concede el art. 65.3; una atenuación que, tal como está redactada, lo mismo puede servir, como se dice coloquialmente, para un roto que para un descosido; sobre todo cuando ni siquiera se habla de una atenuación recogida en el art. 21 o que tenga análoga significación a las que se contienen en este artículo, y que tampoco el legislador ha tenido en cuenta a la hora de redactar el correspondiente tipo penal.

En todo caso, por sí sirve para algo, o simplemente como advertencia, nunca está de más recordar el origen y la función que cumplió en 1968 en la República Federal Alemana el apartado 2 del antiguo párrafo 50 (hoy 28.2) del Código Penal alemán; origen al que por cierto ninguno de los autores de este libro se refiere.

Francisco Muñoz Conde

2. Ambos, Kai, *Treatise on International Criminal Law (Tratado de Derecho penal internacional)*, vol. 1: *Foundations and General Part (Fundamentos y Parte General)*, Oxford University Press, 2013, 469 pp.; vol. 2: *The Crimes and Sentencing (Los delitos y la determinación de la pena)*, Oxford University Press, 2014, 339 pp.

El autor de esta obra, Kai Ambos, es catedrático de Derecho penal en la Universidad de Gotinga (Alemania), juez en el Tribunal Provincial (Landgericht) de la misma ciudad, y uno de los más cualificados especialistas en Derecho penal internacional, materia a la que ha dedicado la mayor parte de su actividad como docente e investigador mundialmente reconocido. Sus numerosas publicaciones culminaron en un excelente *Tratado* en lengua alemana (*Internationales Strafrecht*, 4ª ed., 2014), de cuya Parte General hay también una versión en español. Sin embargo, es claro que hoy en día en el ámbito del Derecho penal internacional es casi obligado traducir o publicar directamente este tipo de obras en inglés, verdadera *lingua franca* tanto en ésta como en otras muchas materias, jurídicas o no jurídicas.

El problema con el que se enfrenta la traducción al inglés de obras jurídicas alemanas son las diferencias terminológicas e incluso conceptuales que existen entre el sistema del *common law* y el sistema del *civil law* o romano-germánico. La dogmática penal alemana es difícilmente transportable al sistema del *common law* donde se utiliza otra forma de solución de los conflictos jurídicos, basada principalmente en el precedente judicial o en el *case law*. Ya algún autor alemán, como el catedrático de Derecho penal de la Universidad Humboldt de Berlín, Gerhard Werle, también un excelente especialista en el Derecho penal internacional, prescindió en la elaboración de su *Tratado de Derecho penal internacional* de la sistemática alemana de la teoría del delito (tipicidad, antijuricidad, culpabilidad) exponiendo directamente los elementos del delito en general y de los delitos internacionales en particular con una sistemática más próxima a la seguida en el mundo del *common law* y, por supuesto, más afín con la seguida en el Estatuto de Roma, que es en definitiva la referencia jurídica obligada en esta materia. Esto puede ser un obstáculo para los que, como la mayoría de los penalistas de habla española, nos hemos formado siguiendo el mode-

lo de la dogmática penal alemana, pero hay que reconocer que el Derecho penal internacional se elabora a nivel mundial utilizando fundamentalmente el idioma inglés y con la terminología propia del sistema jurídico de los países de habla inglesa y, por tanto, del *common law*. Esto es también, lógicamente, consecuencia del predominio casi absoluto que tiene hoy en día el inglés en la comunicación, también jurídica, entre los diversos países de la comunidad internacional.

Parece justo recordar, sin que esto signifique ningún demérito para estas obras, que Tratados de Derecho penal fundamentales de la dogmática penal alemana en el último cuarto del siglo XX, como los de Jescheck, Roxin o Jakobs, sólo han sido traducidos al español (el de Roxin recientemente también al chino), mientras que, por ejemplo, el *Tratado de Derecho penal internacional* de Gerhard Werle ha sido traducido ya además de al inglés (donde acaba de alcanzar la 3ª edición), al ruso, al chino, al español y al italiano.

La misma tónica sigue ahora el *Tratado* de Kai Ambos, cuya versión inglesa realizada por él mismo aquí comentamos. Sin embargo, conviene hacer una precisión que me parece importante. Mientras que el *Tratado* de Werle ha mantenido su contenido íntegro en todas las traducciones que ha tenido, el *Tratado* de Ambos tiene un contenido diferente a la que tiene en su versión alemana, de la que sólo una parte se mantiene en la versión inglesa. Es decir, en realidad no se trata de una versión al inglés del *Tratado* alemán que es mucho más amplio y que contiene también partes de dedicadas a la aplicación de la pena, al Derecho penal europeo y a los delitos perseguibles internacionalmente de acuerdo con los Tratados internacionales, sino de la traducción de las partes dedicadas a lo que en alemán se llama *Völkerstrafrecht*, y que en idioma español se llama propiamente “Derecho penal internacional” y en inglés *international criminal law*.

Esta versión inglesa se estructura en tres volúmenes, de los que ya han aparecido dos: el primero, dedicado a los Fundamentos y a la Parte General, y el segundo a los delitos o crímenes internacionales en particular y de las reglas concursales y de determinación de la pena, quedando todavía por publicar un tercer volumen dedicado al proceso penal y a la cooperación internacional.

Una particularidad interesante de esta versión inglesa es que la bibliografía que usualmente se pone al comienzo de cada capítulo se ha suprimido y en su lu-

gar se remite a la página correspondiente de Internet. Ello puede resultar sorprendente por poco habitual, pero perfectamente comprensible si se tiene en cuenta que la bibliografía correspondiente es prácticamente inabarcable y que transcribirla supone ocupar varias páginas, con el inconveniente adicional de que pronto podría quedar desfasada con la aparición de nueva bibliografía. Con este nuevo sistema, la bibliografía puede ser continuamente actualizada, lo que naturalmente implica que el autor o las personas que con él colaboren se ocupen constantemente de esa actualización.

Una amplia lista hay, sin embargo, en el primer tomo de los casos fallados en los tribunales de justicia y organismos internacionales (Corte Europea de Derechos Humanos, Corte Extraordinaria de Camboya, Comité de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Internacional de Justicia, Corte Criminal Internacional, Corte Internacional para Ruanda, para la ex Yugoslavia, Tribunal Militar para el Lejano Oriente, Tribunal Iraquí Especial, Corte Permanente Internacional de Justicia, Tribunales Militares Permanentes, Corte Especial de Sierra Leona, Paneles Especiales de Timor Este, Tribunal Especial de Líbano, Tribunales Militares de Núremberg) y nacionales (Argentina, Australia, Bosnia Herzegovina, Canadá, Chile, China, Colombia, Francia, Alemania, India, Israel, Italia, Holanda, Nueva Zelanda, Perú, Polonia, España, Reino Unido, Estados Unidos), lo que pone de relieve el ingente material jurisprudencial que existe ya a nivel mundial con relevancia o al menos referencias al Derecho penal internacional. Igualmente se contiene al inicio de este tomo un completo índice legislativo de las leyes internacionales y nacionales referidas al Derecho penal internacional y una lista con las abreviaturas más frecuentemente utilizadas.

El primer capítulo contiene una completa aunque apretada exposición de la evolución del Derecho penal internacional desde sus inicios tras la Primera Guerra Mundial con el Tratado de Versalles, los primeros Tribunales *ad hoc* de Núremberg y Tokio tras la Segunda Guerra Mundial, la Convención del Genocidio, los Convenios de La Haya y Ginebra, el Proyecto de un Código de Derecho penal internacional y las iniciativas privadas, hasta los antecedentes más recientes de los Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda, el Tratado de Roma y la creación de la Corte Criminal Internacional, a cuya composición dedica varias páginas. También menciona los “Tribu-

Notas bibliográficas

nales mixtos” de Kosovo, Timor Este, Sierra Leona, Camboya, Irak, Líbano y Bangladesh.

Tras este análisis descriptivo de la evolución histórica del Derecho penal internacional se ocupa en el capítulo segundo de su concepto, función y fuentes. El capítulo tercero lo dedica a la teoría de la imputación, que en el Derecho penal internacional es una imputación individual en un contexto colectivo, regida por los principios de legalidad, culpabilidad y debido proceso; pasando luego a ocuparse de lo que llama estructura general del delito en el Derecho penal internacional. Ambos es consciente de que, por lo menos en esta edición inglesa para lectores no especialmente conocedores de la sistemática de la teoría del delito desarrollada por la dogmática penal alemana, es mejor comenzar por determinar los distintos niveles de participación en los delitos internacionales, analizando los conceptos de participación, complicidad, conspiración, comisión directa e indirecta, e inducción, tal como han sido desarrollados en las decisiones adoptadas en los tribunales internacionales. A diferencia de lo que hace en la edición alemana, no insiste tanto en las diversas formas de intervención delictiva, que en la dogmática penal alemana se clasifican entre lo que se llama propiamente autoría: autoría directa, autoría mediata y coautoría, y participación: inducción y complicidad (véase, por ejemplo, la exposición que hace de esta materia en la 4ª edición de su *Internationales Strafrecht*, 2014), sino que expone cómo han sido tratadas estas diversas formas de intervención en el delito por medio de las más relevantes decisiones adoptadas por los tribunales internacionales, insistiendo de todos modos en el art. 25 del Estatuto de Roma, donde encuentra acogida una teoría diferenciada de la intervención de varias personas en el delito que puede explicarse conforme al modelo diferenciador de la dogmática penal alemana más que en la tradicional *Joint Criminal Enterprise* que venían adoptando los tribunales internacionales desde Núremberg (pp. 176 y ss. de la versión inglesa). En apoyo de esta posición, cita la importante decisión del Tribunal Internacional en el caso Lubanga, que aplicó por primera vez la tesis de Roxin sobre “autoría mediata por control de aparato de poder” (pp. 150 y ss.), que, sin embargo, tuvo el voto en contra del juez inglés Fulford, quien considera innecesarias estas distinciones de la dogmática penal alemana.

Más dificultades tiene para explicar con ayuda de la dogmática alemana la responsabilidad por omi-

sión del comandante o jefe militar del batallón cuyos miembros hayan cometido algún delito internacional. En este caso, el art. 28 del Estatuto de Roma admite esa responsabilidad incluso por desconocimiento negligente por parte del superior respecto de los hechos cometidos por la gente a su mando. Efectivamente, se puede hablar en este caso de una “posición de garante” por parte del superior, pero el que la responsabilidad sea exigible incluso en caso de negligente desconocimiento permite más bien hablar de una responsabilidad objetiva basada sobre todo en el estatus del superior, difícilmente compatible, como advierte Ambos (pp. 230 y s.), con el principio de culpabilidad.

El capítulo VI lo dedica a la tentativa como forma especial de responsabilidad criminal individual. En él se estudian los elementos de la tentativa y las particularidades de la misma en el Derecho penal internacional, exponiendo las dificultades que implican delimitar el “comienzo de la ejecución” que exige el art. 25.3 del Estatuto de Roma, y la distinta interpretación que del mismo se hace en el *common law* y en el *civil law*, señalando también las diversas formas de apreciar este elemento en los distintos delitos internacionales, pues evidentemente no es lo mismo hablar de comienzo de ejecución en un genocidio, en un crimen contra la humanidad, en un crimen de guerra o en una guerra de agresión. Las particularidades de cada uno de estos delitos impide la búsqueda de una “fórmula mágica” que de modo unitario pueda explicar este elemento. En el fondo, Ambos se inclina (pp. 252 y ss.) por una teoría próxima a la teoría formal, refiriendo el comienzo de ejecución a las particularidades del respectivo delito, teniendo en cuenta sólo de forma indirecta la perspectiva del sujeto.

Del mismo modo procede en el capítulo VII en relación con el elemento subjetivo en los crímenes internacionales. El punto de partida es lógicamente la comisión dolosa o intencional de la ofensa, pero de igual manera en que sucede en el Derecho penal común, con los distintos matices que tienen los elementos intelectivos y volitivos, más cuando se trata de delitos con una gran complejidad de elementos objetivos (conducta, consecuencias y circunstancias), plantea dificultades adicionales no fáciles de determinar a nivel probatorio. La responsabilidad por omisión, incluso debida sólo a negligente desconocimiento del superior respecto de los hechos cometidos por los subordinados, que antes comentábamos, es

una muestra de lo difícil que es en el Derecho penal internacional demostrar las distintas formas de comisión dolosa de un delito. También aquí Ambos distingue el nivel del elemento subjetivo en los diversos delitos, pues ciertamente no es lo mismo el elemento subjetivo del delito de genocidio que el de un crimen de guerra.

En el capítulo VIII y último del primer tomo, Ambos se ocupa *in extenso* y de forma global y unitaria de las causas de exclusión de la responsabilidad penal, aunque insiste en la conveniencia de diferenciarlas, siguiendo el modelo de la dogmática penal alemana, entre justificación y exculpación (p. 304), aunque ciertamente reconoce que hay casos límites en los que esa diferenciación es bastante sutil y difícil de llevar a la práctica. Un ejemplo de ello es el tratamiento de la *duress* o actuación en una situación de necesidad o coacción. Este supuesto fue especialmente discutido en el caso “Erdemovic”, en el que el Tribunal Penal de la ex Yugoslavia juzgó a un oficial del ejército serbio que alegó que había mandado el pelotón de fusilamiento ante la amenaza de que si se negaba él también sería fusilado. En una primera instancia el oficial fue condenado, aunque ciertamente se admitió que la *duress* podía ser invocada como eximente, no obstante el Tribunal de apelación rechazó esta posibilidad, si bien en esta instancia hubo dos votos particulares de los jueces Casese y Stephen a favor de la aplicación de esta eximente. La opinión mayoritaria se inclinó por no darle relevancia en los casos en los que el hecho consiste en causar la muerte de otras personas para salvar la propia vida (opinión bastante consolidada en el *common law*); sin embargo, si se entiende que aquí no se trata de una justificación sino de la posibilidad de exculpación de un individuo que actúa en una situación de coacción extrema la absolución puede ser más fácilmente asumible, tal como indicaban los jueces disidentes.

La distinción justificación/exculpación es aún más difícil de admitir en casos como la legítima defensa en la guerra de agresión. Prácticamente todos los Estados que atacan a otros invocan la legítima defensa (incluso la preventiva). Así sucedió en la invasión de Polonia por las tropas alemanas nazis en 1939, y así ha sucedido más recientemente en la invasión de Irak por las tropas aliadas con el argumento de que en manos de Saddam Hussein había armas de destrucción masiva que nunca se encontraron. Ciertamente, la legítima defensa en caso de guerra no tiene los mis-

mos requisitos que la legítima defensa individual en el Derecho penal común, y Ambos es consciente de ello (p. 334). Pero incluso admitiendo esta diferencia, la invasión “justificada” de otro Estado, el *ius ad bellum* no puede nunca justificar los excesos que luego se cometen en la guerra que surja de esa invasión. El *ius in bello*, constituido por las Convenciones de la Haya y de Ginebra, en definitiva el Derecho humanitario, es un límite que nunca puede ser traspasado. Esta distinción parece haberse olvidado en las más recientes guerras (invasión de Irak, bombardeos de lugares protegidos y de la población civil en las guerras israelita/palestina, etc.), en las que la justificación de los excesos como algo inevitable o como “daños colaterales” puede llevar al Derecho penal internacional, si se admiten, a su absoluta ineficacia y al consiguiente desprestigio de sus tribunales de justicia. Desde luego, en esta materia una cosa es la exposición teórica de las reglas del Estatuto de Roma, que Ambos explica correctamente, y otra la realidad que vivimos diariamente en los conflictos locales, en los que intervienen las potencias extranjeras, y especialmente los Estados Unidos de América, que por cierto no han aceptado la competencia del Tribunal Penal Internacional para juzgar los hechos en los que sus tropas estén implicadas.

A nivel de responsabilidad individual, y de esto es de lo que se trata en el Derecho penal internacional, las invocaciones a la obediencia debida, al error de Derecho y sobre la legalidad de la orden impartida por el superior, etc., serán frecuentes en las defensas de los acusados por los crímenes internacionales. Ciertamente, es difícil admitirlas cuando se trata de los máximos responsables a nivel estatal o gubernamental, pero serán más asumibles en el caso de los meros ejecutores, que aparecen a veces como *chivos expiatorios* en algunos de los procesos que ha habido en los tribunales internacionales. Pero igualmente puede suceder que la condena de algunos de esos máximos responsables sirva de excusa o tapadera de los crímenes cometidos por la masa de los subordinados, cargos inferiores, soldados, etc., que permanecen, salvo casos aislados, en la más absoluta impunidad, o ni siquiera llegan a ser juzgados. *Slogans* como “No fui yo, fue Hitler” o tesis dogmáticas aparentemente serias, como la teoría subjetiva de la participación mantenida por el Tribunal Supremo alemán para calificar de meros cómplices a los ejecutores de los crímenes más horribles cometidos durante el nacionalsocialis-

Notas bibliográficas

mo, con el fundamento de que no actuaban con voluntad de autor, sino de meros cómplices en interés de otro (lo que motivó la sarcástica frase de un penalista de que en la Alemania nazi sólo hubo un autor “y sesenta millones de cómplices”), o la introducción solapada en el antiguo párrafo 50 de un párrafo por el que, como complemento de esa teoría subjetiva, se excluía la calificación de asesinato en los que habían causado la muerte de miles de personas, con el argumento de que no concurrían en ellos, sino en Hitler o en Hitler, los “móviles bajos” racistas y que por tanto se trataba de simples homicidios, demuestran hasta qué punto en este asunto pueden alegarse eximentes o atenuantes que diluyan la responsabilidad penal de los vivos, desplazándolas a los ya muertos.

Interesante es también el tema de las eximentes que Ambos llama “procedurales”: inmunidades, amnistías, leyes de punto final y la prescripción de los delitos y el abuso del proceso. En principio, una de las características del Derecho penal internacional consiste en no admitir las inmunidades y amnistías que puedan establecerse en el Derecho penal nacional para los responsables de estos delitos. Más complicado es el problema en el caso de que conforme al Derecho penal nacional los hechos hayan prescrito por el paso del tiempo. La declaración de no prescripción de los delitos internacionales, genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, que establece el Estatuto de Roma, no ha sido ratificada por todos los Estados, pero en todo caso se plantea el problema de si puede ser aplicada con efectos retroactivos, es decir, a los hechos cometidos antes de que se declarara y entrara en vigor la no prescripción. Como es sabido, ello motivó una enorme discusión en Alemania en relación con la declaración de la aplicación de la no prescripción aprobada para el asesinato y el genocidio en 1975, en relación con los crímenes de los nazis. Al juez español Baltasar Garzón, su actitud favorable a la aplicación retroactiva de la calificación de genocidio y delitos contra la humanidad cometidos durante la dictadura franquista, así como su entendimiento de que la amnistía acordada para esos hechos ya en la etapa democrática carecía de valor, le costó un proceso por prevaricación, del que fue absuelto, aunque simultáneamente fue condenado en otra causa paralela que se le instruyó. Ambos no parece muy favorable a esta posición, pero no deja de ser contradictorio con lo acordado en el Estatuto de Roma al respecto.

El segundo tomo de esta obra se dedica a lo que podríamos llamar Parte Especial del Derecho penal internacional, es decir, al análisis de los crímenes internacionales definidos como tales en el Estatuto de Roma: genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y guerra de agresión. Respecto de este último, destaca que no ha sido claramente definido en el Estatuto de Roma, materia en donde se ve la influencia de las grandes potencias para evitar que sus incursiones bélicas en los territorios de otros Estados puedan ser calificadas como “crímenes internacionales”. El papel del Consejo de Seguridad de la ONU para determinar cuándo cabe invadir en legítima defensa a otro territorio, que fue determinante para considerar que la invasión de Irak por las tropas aliadas capitaneadas por Estados Unidos a principios de los años noventa no estaba justificada, no tuvo la menor eficacia ni para impedir la invasión ni para juzgar a los responsables de la misma, que además alegaron la finalidad de acabar con unas armas de destrucción masiva que finalmente nunca se encontraron. En este tema se demuestra la debilidad de un Derecho penal internacional que nació justamente para calificar como guerra de agresión y, por tanto, como guerra injusta la llevada a cabo por el Estado nacionalsocialista o por el japonés, que fueron la razón principal de las condenas a muerte de sus principales responsables en los juicios de Núremberg y Tokio tras la Segunda Guerra Mundial, y que paradójicamente es ahora la gran laguna entre las tipologías de los crímenes internacionales. Quizás por eso algún autor haya llegado a decir que el Derecho penal internacional es un “Derecho penal del enemigo” pero del “enemigo vencido”, porque cuando se trata de los vencedores ahí no hay Derecho que pueda aplicárseles, como no sea su propio derecho.

En este segundo tomo, donde también se contienen unos completos índices y tablas de casos y leyes, Ambos se ocupa de los delitos declarados internacionales por los tratados internacionales (*treaty Crimes*, en inglés): terrorismo, tráfico de drogas, piratería y tortura, de especial importancia hoy en día, porque son los que generalmente pueden (y deben) ser juzgados por los tribunales nacionales, conforme al Principio de justicia universal, que últimamente en la reciente reforma española (2014) de esta materia ha quedado muy mal parado.

Este segundo tomo termina con un capítulo dedicado a las reglas concursales y a la determinación de la pena, que también presentan en el Derecho penal

internacional, especiales particularidades de las que aquí desgraciadamente ya no podemos ocuparnos. Tampoco es posible comentar con más detenimiento en estos momentos la multitud de cuestiones que suscitan cada uno de los delitos tratados casi monográficamente en este tomo. Pero con este no tan breve comentario he pretendido destacar la importancia de la ya conocida obra de Ambos en su versión inglesa, porque así puede llegar a un público mucho más amplio y sobre todo a un mundo jurídico, como es el anglosajón, no muy conocedor de la forma de explicar y entender el Derecho por la dogmática penal alemana. Es de destacar que en todo momento se advierte no sólo una exhaustividad en el tratamiento bibliográfico de las cuestiones, en notas a pie de página que llegan a ser agotadoras, sino también una voluntad de compaginar en una materia que obviamente tiene pretensiones de vigencia universal dos visiones del Derecho penal difícilmente compatibles, como son el *common law*, y más que el *civil o continental law*, la forma de entender el Derecho penal por la dogmática penal alemana. El que esto no siempre se consiga no redundará en absoluto en demérito de la obra o de su autor, sino simplemente es una consecuencia de las dificultades existentes a la hora de compaginar dos mundos que a veces y en cuestiones importantes, por razones no siempre fácilmente explicables, se comportan como el agua y el aceite, o, si se me permite la expresión, como el perro y el gato.

Francisco Muñoz Conde

3. Vormbaum, Thomas, *Storia moderna del Diritto penale tedesco. Un' introduzione*, 2ª ed., trad. de Giorgia Oss y Sara Porro, Cedam Padova, 2013, 407 pp.

Igual que sucede con los tratados alemanes de Derecho penal internacional, la *Introducción a la Historia contemporánea del Derecho penal*, del catedrático de Derecho penal de la FernUniversität, Thomas Vormbaum, está teniendo un éxito espectacular, no sólo en Alemania, sino también en el mundo anglosajón, en el que ha aparecido ya la traducción al inglés; y ahora en Italia, donde acaba de aparecer esta excelente traducción que ahora comentamos. También se anuncia su próxima traducción al español y al chino.

Este éxito se debe, sin duda, además, a la propia calidad indiscutible de la obra, al interés que suscita la evolución del Derecho penal en Alemania, o de la

cultura jurídica en lengua alemana, desde la Ilustración en el siglo XVIII hasta las épocas más recientes después de la reunificación alemana a partir de 1989, tras la caída del muro de Berlín, pasando por la codificación penal y siguiendo el modelo del Código Penal francés napoleónico en los antiguos Estados alemanes a mediados del siglo XIX, el Código Penal del Imperio a partir de la unificación alemana en 1870, y todos los avatares que ha tenido la nación alemana durante el siglo XX desde la República de Weimar, el nacionalsocialismo y la división en dos Estados tras la Segunda Guerra Mundial. Para bien y, a veces también para mal, la evolución política, económica y social de Alemania, sobre todo en el siglo XX, ha repercutido de forma relevante en la evolución que en estos ámbitos ha tenido otros países, europeos y del resto del mundo.

Desde luego, la evolución que ha tenido su Derecho, especialmente su Derecho penal, y la elaboración doctrinal o teórica del mismo durante toda esa época y la influencia que ha tenido en esa evolución la situación política, económica y social de cada momento histórico en los últimos 200 años, ha sido igualmente importante en la evolución jurídica de otros países. Es difícil estudiar la historia universal del siglo XX sin tener en cuenta la historia de Alemania durante ese mismo periodo de tiempo. Que, por ejemplo, en el mundo anglosajón, y especialmente, en Inglaterra, esa evolución histórica del Derecho penal alemán también interese es realmente una importante novedad que merece destacarse, dada la tradicional ignorancia mutua entre ambas formas de concebir el Derecho y su elaboración doctrinal.

Esta versión italiana resulta especialmente gratificante para Thomas Vormbaum, que es un apasionado y excelente conocedor de la cultura literaria y jurídica italiana. Además de sus excelentes traducciones al alemán de las más importantes obras de Dante Alighieri y de Petrarca, algunas de ellas incluso directamente del latín, Vormbaum ha traducido importantes obras jurídicas de autores italianos y se ha esforzado además por publicar en las editoriales alemanas que dirige monografías y textos jurídicos italianos históricos o actuales. También, y aunque en menor medida, ha publicado artículos en las revistas que dirige, *Jahrbuch* y el *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*; y en las editoriales, monografías de autores españoles o hispanohablantes de carácter histórico, dogmático o político criminal.

Notas bibliográficas

Pocos se han esforzado tanto como él en dar a conocer en un ámbito poco proclive a ocuparse de la bibliografía jurídica no alemana o que no se publica en alemán, las obras más importantes que se editan en Italia e incluso en España. Aunque sólo fuera por eso, merece nuestra mayor consideración y estima, que desgraciadamente aún no ha sido suficientemente reconocida, sobre todo en el ámbito jurídico italiano, a cuya difusión en Alemania tanto ha contribuido.

Esta versión italiana no añade nada nuevo a la segunda edición alemana que le sirve de base, y que ya hemos recensionado anteriormente, pero es importante, sobre todo en la medida en que no haya una versión al español, tenerla en cuenta para superar las dificultades a la hora de traducir a los idiomas de los países donde la ciencia jurídica y jurídico-penal alemana ha tenido y tiene más influencia (en especial al italiano, al español y al portugués) algunos conceptos jurídicos y especialmente jurídico-penales propios de la lengua y de la ciencia jurídica alemana. Así, me parece digno de resaltar la confusión que a veces, para quienes no conocen la terminología de la dogmática penal de habla española, se da en el ámbito latino entre la “culpa”, como equivalente a “imprudencia”, y la “culpabilidad”, como elemento de la teoría del delito que permite la imputación del hecho típico y antijurídico al autor del mismo; o entre “pena” y “medida de seguridad”, que no siempre es bien comprendida por los penalistas cuyos ordenamientos jurídicos no distinguen claramente entre ambas formas de sanciones penales; por no hablar de los términos del proceso penal o del sistema de ejecución de penas, a cuya evolución en Alemania en el siglo XIX le dedica Vormbaum bastantes páginas, y que, en mi opinión, aunque no conozco a fondo la lengua italiana, creo que están perfectamente traducidos en esta versión. Muy interesante me parece en este sentido la traducción que se hace del término *Juristisches Zeitgeschehen*, que Vormbaum utiliza como algo diferente a *Juristische Strafrechtsgeschichte*, y que los traductores italianos traducen como *Vincende attuali del diritto* (algo así como “sucesos actuales del Derecho”) y *storia moderna del diritto penale*, para diferenciar lo que es de ayer mismo pero todavía actual, de lo que ya ha pasado y no tiene vigencia inmediata. En la versión inglesa de esta obra, que ya también hemos comentado, se emplean para ello los términos *current legal issues* (sucesos jurídicos actuales) y *Modern History of Criminal Law*, si bien hay que

reconocer que las diferencias entre una y otra son a veces sutiles y difíciles de marcar. En todo caso, desde luego la versión inglesa tiene más dificultades para traducir algunos términos alemanes dada su falta de equivalencia con los del mundo anglosajón; pero la comparación entre la versión alemana, la inglesa y ésta que ahora comentamos es especialmente rica en sugerencias y puede servir mucho de ayuda a quienes busquen una especie de lenguaje jurídico común entre los países e idiomas más representativos de la cultura jurídica occidental; lo que no siempre es posible cuando se trata de traducir a otros idiomas los tratados de derecho penal alemanes, que sobre todo se ocupan de algo tan específicamente alemán como es la dogmática penal.

Lógicamente, una parte importante de esta Introducción siguen siendo las páginas dedicadas a la “lucha de escuelas”, a la polémica entre Binding y Von Liszt, o a la evolución del concepto de bien jurídico, uno de los elementos fundamentales de la teoría del delito en la dogmática penal alemana. Pero, obviamente, y como no podía ser de otra manera, una parte también importante en esta obra es la dedicada a la evolución del Derecho (penal) en la etapa nacionalsocialista, en la que Vormbaum ve más que una ruptura con la etapa anterior, una especie de exasperación llevada hasta sus últimas consecuencias de las ideas racistas y biológicas que estaban ya presentes en etapas anteriores y que incluso fueron mantenidas por penalistas de gran prestigio como Binding o Von Liszt, que fueron luego asumidas por los penalistas que colaboraron con el régimen nacionalsocialista, como Edmund Mezger.

También importante es el capítulo dedicado al Derecho penal alemán tras la Segunda Guerra Mundial, tanto en la República Federal de Alemania como en la ya extinguida República Democrática Alemana, que refleja muy bien los antagonismos motivados por la Guerra Fría entre ambos sistemas durante la dolorosa etapa de su división. También importantes e interesantes son las reflexiones que hace Vormbaum sobre el momento actual del Derecho penal, y las tendencias político-criminales que lo inspiran, basadas más en la idea, que él critica, de su utilización como instrumento político para resolver problemas que no son específicamente penales, motivando una expansión criminalizadora y la desnaturalización de su arsenal teórico tradicional. Vormbaum insiste una vez más, siguiendo en esto el planteamiento de Wolfgang

Naucke, de que la ciencia del Derecho penal debe ser una ciencia limitadora del poder punitivo, y, por tanto, garantista, y no una que fomente el incremento de la penalidad como forma de solución de los conflictos sociales.

Respecto de su relación con Italia, no debe olvidarse que Vormbaum también ha editado en Alemania, en colaboración con el penalista Sergio Semanara o con Ettore Dazza, obras sobre Derecho penal fascista y breves biografías de los penalistas italianos más relevantes, así como textos jurídicos legales y documentos históricos italianos de carácter literario y jurídico-penal. Por desgracia, no ha podido hacer lo mismo con la historia reciente del Derecho penal español durante la dictadura franquista y el papel desempeñado por los penalistas españoles de aquella época. Me consta que Vormbaum está muy interesado en ello, pero al no conocer tan bien la lengua ni la ciencia jurídica españolas como conoce las italianas, no ha podido hacer lo mismo que ha hecho allá; tampoco ha encontrado todavía gran apoyo entre los penalistas españoles, al parecer más interesados en las más recientes y complejas construcciones de la dogmática penal alemana, de la que a veces parece que nos hemos convertido en una provincia. Por mi parte, he hecho lo que he podido para dar a conocer en algunas de mis publicaciones en lengua alemana, bien escribiéndolas directamente en este idioma, con todos los riesgos que ello implica para quien no es un germano hablante nativo, y también gracias muchas veces a las traducciones que el mismo Vormbaum ha favorecido, en relación con la historia del Derecho penal español o de la influencia que tuvieron en el mismo durante la dictadura franquista autores tan importantes como el alemán Edmund Mezger y el italiano Filippo Grisogni; e incluso he editado con él, tanto en lengua española como alemana, las Actas del Humboldt Kolleg que tuvo lugar en la Universidad Pablo de Olavide en febrero de 2008 sobre “La transformación jurídica de las dictaduras en democracias”. De igual manera, he participado, tanto en España, Italia como en Alemania, en Congresos, conferencias y reuniones sobre historia contemporánea del Derecho penal, o sobre la transición de las dictaduras en democracia, ocupándome del caso español, en los que Vormbaum también ha participado u organizado invitándome a participar, y siendo cada vez más consciente de la importancia del conocimiento de la moderna historia del Derecho penal para comprender mejor el

Derecho penal que actualmente tenemos, algo a lo que sin duda ha contribuido Vormbaum como ningún otro penalista lo ha hecho hasta la fecha.

Ojalá que esta traducción al italiano sirva, mientras no salga la traducción al español, de modelo y acicate para que los penalistas hispanohablantes, sobre todo para los que no puedan leer con facilidad el texto original en alemán o en la versión inglesa, dediquemos un poco más de atención a la historia contemporánea del Derecho penal alemán y a su elaboración doctrinal en el último siglo, que tanto ha influido en nuestro Derecho penal y en la elaboración doctrinal que hemos hecho del mismo, y que desde luego va más allá de la famosa polémica entre causalismo y finalismo, que tanto sirvió para distraer nuestra atención ante la pavorosa realidad de un “Derecho penal de sangre y de lágrimas” como fue (y aún es) el Derecho penal en la mayoría de los países de nuestro ámbito lingüístico durante los periodos dictatoriales.

Igualmente estoy seguro de que esta traducción al italiano, además de ser, por las razones ya dichas, especialmente gratificante para Vormbaum, servirá para que los penalistas italianos se interesen también por el pasado de su Derecho penal desde la etapa gloriosa de Beccaria, pasando por la unificación de la nación italiana a mediados del siglo XIX, y ya en el siglo XX por la etapa fascista, hasta llegar en los años setenta al “Derecho penal de la emergencia”, en los llamados “años de plomo” a que dio lugar el terrorismo de las Brigadas Rojas, pero también de los grupos de extrema derecha infiltrados en los aparatos del poder policial, económico y político; y analizar luego los procesos que a finales del siglo XX se llevaron a cabo para juzgar la corrupción política que se había adueñado del país. Lo que obviamente también debe llevar a estudiar la contribución que en todas estas etapas históricas hicieron sus más importantes penalistas, sin olvidar por supuesto el pasado glorioso de la llamada “Escuela clásica”, con Francesco Carrara a la cabeza; o, aunque después hayan sido superados por la evolución de los conocimientos científicos en la materia, el destacado papel que tuvieron los fundadores de la llamada “Escuela positivista”, especialmente Cesare Lombroso y Emilio Ferri, en la creación de la moderna Criminología.

Leyendo esta versión italiana de la Introducción de Vormbaum se da uno cuenta de lo importante que es conocer la historia reciente del Derecho de los países de nuestro ámbito jurídico común europeo para

Notas bibliográficas

entender un poco mejor la actual problemática de eso que aún no sabemos muy bien en qué consiste y que llamamos Unión Europea, que sólo a través del conocimiento de las raíces comunes podemos concebir unitariamente por encima de los particularismos y nacionalismos de cada uno de los países, y de las diferentes culturas y lenguas que la integran.

Francisco Muñoz Conde

4. Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte General, tomo II: Especiales formas de aparición del delito, trad. y notas de Diego-Manuel Luzón Peña (dir.), José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, en colaboración con otros, Civitas/Thomson Reuters, 2014, 1069 pp.*

A estas alturas no es necesario destacar la importancia de la obra de Roxin y la influencia que la misma ha ejercido en la ciencia del Derecho penal en los últimos 60 años no sólo en Alemania, sino en otros muchos países, especialmente en los de lengua española, tanto en España como en todos los países latinoamericanos, incluyendo también a Brasil, en los que ha impartido innumerables conferencias, participado en diversos congresos y recibido ya 25 doctorados *honoris causa*.

Muchos son también los penalistas hispanohablantes que han estudiado directamente con él desde que se trasladó a la Universidad de Múnich a principios de los años setenta del pasado siglo, después de unos años como profesor en la Universidad de Gotinga. Innumerables son además los penalistas que indirectamente a través de sus trabajos, artículos, libros y monografías, traducidos al español, han adquirido o profundizado sus conocimientos de Derecho penal a través de la obra de este penalista.

Aun así, una visión global y completa de su obra sólo puede conseguirse a través de su *Tratado de Derecho penal (Strafrecht Allgemeiner Teil)*, cuyo primer tomo, conteniendo los fundamentos y la primera parte de la teoría del delito, apareció en Alemania hace ya 20 años (2ª ed., 1994; 3ª ed., 1997), y fue seguido diez años más tarde por un segundo tomo que contiene las especiales formas de aparición del delito (2003).

Por fortuna, la segunda edición alemana del primer tomo ya fue traducida al español por Diego-Manuel Luzón Peña y por sus discípulos Miguel Díaz y Gar-

cía Conlledo y Javier de Vicente Remesal, y publicada en 1997, y las materias que en él se contienen han sido punto de referencia y cita obligada de todos los que se han ocupado de ellas en los últimos 15 años. Pero aún faltaba la traducción del segundo tomo que se ha demorado algunos años más dada la enorme extensión de la misma y la diversidad de temas que en él se tratan, desde la teoría de la autoría y la participación hasta la del concurso de delitos, pasando por la tentativa y el muy complejo tema de la omisión y de la comisión por omisión. Para poder llevar a cabo tan compleja tarea, Diego-Manuel Luzón Peña ha recurrido a la colaboración de –además de los anteriormente citados– su otro discípulo directo, José Manuel Paredes Castañón, y a otros discípulos(as) directos o indirectos, cuyos nombres, así como las partes que cada uno ha traducido, se mencionan expresamente. Estos otros traductores(as) son: Marta García Mosquera, María Trapero Barreales, Inés Olaizola Nogales, Raquel Roso Cañadillas, Soledad Barber Burusco, Isabel Durán Seco, Leticia Jericó Ojer, Virxilio Rodríguez Vázquez, Silvia Martínez Cantón, José-Zamyr Vega Gutierrez y Susana Escobar Vélez. Todos ellos, de un modo u otro, no sólo vinculados con el profesor Luzón, sino también con el propio Roxin o con sus discípulos alemanes Schünemann, Wolter y Botke.

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

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

tiene una visión global del estado de la cuestión en la doctrina alemana.

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

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

Con ello se culmina una labor de años en los que el profesor Luzón, ya precoz traductor de los primeros trabajos de Roxin a principios de los años setenta (véase, por ejemplo, su traducción de los *Problemas fundamentales del Derecho penal*, de 1976) con una paciencia y constancia admirables, ha mostrado que por encima de todo, del a veces escaso reconocimiento que una labor de este tipo tiene y de los injustos ataques personales que han recibido él y algunos miembros de su escuela por parte de quienes debían reconocer más que nadie la labor que ha realizado durante todos estos años y su dedicación exclusiva a la Universidad, están la honestidad y la congruencia con las propias convicciones, que lo han convertido en uno de los mejores, si no en el mejor conocedor y cultivador de la dogmática penal que ha tenido España en los últimos 50 años.

Para mí, ha sido especial motivo de satisfacción, y creo que también para el mismo Claus Roxin, que la primera presentación de esta traducción se haya llevado a cabo en la Universidad Pablo de Olavide, el 12 de noviembre de 2014, un día antes de que se celebrara la solemne ceremonia de la concesión por esta Universidad del doctorado *honoris causa* al profesor multilaureado Claus Roxin.

Francisco Muñoz Conde

Cómo suscribirse

Revista

Penal MÉXICO

Seleccione la opción de suscripción que mejor le convenga:



• **Envíe un correo a libreria@inacipe.gob.mx con los siguientes datos:**

- ◆ Nombre completo
- ◆ Domicilio de envío (calle, número, colonia, delegación, C.P.)
- ◆ Teléfono
- ◆ Datos del depósito bancario o transferencia, incluyendo: folio, fecha y hora, o bien, adjunte la ficha digitalizada



• **Ingrese a la página www.inacipe.gob.mx:**

- ◆ Pestaña de publicaciones
- ◆ Sección de venta dentro de la subsección suscripciones y siga las instrucciones en pantalla



• **Acuda personalmente al edificio de publicaciones en el Inacipe con su comprobante de depósito:**

- ◆ Magisterio Nacional núm. 113, Col. y Del. Tlalpan, C.P. 14000, México, D.F.



5573-7633 y 5487-1500 ext. 1698

Datos para el depósito:

Banco HSBC: cuenta 404373-6438

Clabe interbancaria 0211-80040-4373-6438-8, a nombre de Autogenerados INACIPE09

- Un año (2 ejemplares) \$440.00
- Dos años (4 ejemplares) \$880.00
- Envíos gratis

Los datos personales recabados serán protegidos con fundamento en los artículos 18, fracciones I y II, y 20 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, el cual fue registrado en el listado de sistemas de datos personales ante el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (www.ifai.org.mx) y podrán ser transmitidos de acuerdo con lo previsto en la ley. La Unidad Administrativa responsable del Sistema de Datos Personales del Instituto Nacional de Ciencias Penales, ubicada en Magisterio Nacional núm. 113, Col. Tlalpan, C.P. 14000, México, D.F., es en donde el interesado podrá ejercer los derechos de acceso y corrección de datos. Lo anterior se informa en cumplimiento al artículo decimoséptimo de los Lineamientos de Protección de Datos Personales publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de septiembre de 2005.

Revista Penal México, editada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe), cuya dirección postal se encuentra en calle Magisterio Nacional núm. 113, Col. Tlalpan, Del. Tlalpan, C.P. 14000, en México, Distrito Federal, publica artículos sobre temas relacionados con las ciencias penales, en su carácter general y especial, así como el proceso penal, la parte criminal y aspectos afines a estas disciplinas que son el resultado de una investigación científica original cuyo objetivo es difundir e impulsar la investigación científica mediante el intercambio de opiniones, estudios y análisis en dichas materias, que pueden ser extrapolables a otros países.



ENVÍO ELECTRÓNICO

Los artículos pueden enviarse en formato Word y por correo electrónico a las siguientes direcciones: jferreolive@gmail.com y publicaciones@inacipe.gob.mx



ESPECIFICACIONES

Los artículos deben ser textos originales que no hayan sido publicados en ningún otro medio; la primera página del documento incluirá el título del artículo, nombre completo, adscripción institucional y correo electrónico del o los autores, así como un resumen analítico en español e inglés (100 palabras aproximadamente) y de 5 a 7 palabras clave en los idiomas antes mencionados. La extensión será de mínimo 10 cuartillas y máximo de 50; esta cantidad, en casos extraordinarios, puede variar dependiendo de las observaciones en el dictamen correspondiente o por acuerdo entre el autor y los codirectores. Las referencias bibliográficas de los artículos deberán apegarse a las normas ISO 690:2010, consultables en <http://goo.gl/DuRX4x>



CALENDARIO

La fecha límite para la recepción de los artículos será de dos meses antes de la temporalidad de la publicación, por lo tanto, dado que la *Revista Penal México* es una revista semestral, la cual comprende los periodos de septiembre a febrero y de marzo a agosto, los trabajos se recibirán en julio, para el primer número del año, y en enero, para el segundo.



PROCESO DE DICTAMINACIÓN

Posteriormente, los artículos se someterán a un proceso de evaluación siguiendo el sistema doble ciego. Los autores recibirán información de la eventual aceptación o rechazo de sus trabajos mediante el resultado del dictamen, el cual puede ser “publicable”, “no publicable” o “publicable con observaciones”. Dicha información se hará llegar a los colaboradores un mes antes de la periodicidad de la revista, esto es, en agosto, para el primer número anual, y en febrero, para el segundo. La inclusión de los originales aceptados queda sujeta a la disponibilidad en el número de la publicación correspondiente.



DERECHOS

Es condición indispensable para la publicación que el autor o autores cedan a la revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si acaso surgieran peticiones del autor o de terceros para la reproducción o traducción completa o parcialmente de los artículos, será competencia del Consejo de Reacción la autorización de dicha solicitud. En este sentido, se deberá indicar que la obra ha sido publicada previamente en el correspondiente número de la revista.



DOMICILIO POSTAL

Los artículos se recibirán por correo electrónico y también en un disco e impreso, como respaldo, a la siguiente dirección postal: calle Magisterio Nacional núm. 113, Col. Tlalpan, Del. Tlalpan, C.P. 14000, México, Distrito Federal.



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal