

Revista

ISSN 2007-4700

Perla
MÉXICO

Número 11 y número 12
septiembre de 2016 •
agosto de 2017



Revista

Penal

MÉXICO

Número 11 y número 12
septiembre de 2016 - agosto de 2017
México
ISSN 2007 4700



Cátedra de Derechos Humanos
Manuel de Lardizábal



Universidad
de Huelva



· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

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



REVISTA PENAL MÉXICO, año 5, núm. 11 y núm. 12 , 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 Gerardo Laveaga. 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 Lito Roda S.A. de C.V., Escondida 2, Col. Volcanes, Del. Tlalpan, C.P. 14640, Ciudad de México. 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

GERARDO LAVEAGA
*Director General del
Instituto Nacional de Ciencias Penales*

RAFAEL RUIZ MENA
Secretario General Académico

PABLO BERTHELY ARAIZA
Secretario General de Extensión

ALFONSO JESÚS MOSTALAC CECILIA
Director de Publicaciones

Número 11 y número 12
septiembre de 2016-agosto de 2017
México
ISSN 2007 4700

DIRECTORIO DE LA REVISTA PENAL MÉXICO

CODIRECTORES

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ
Universidad de Huelva

GERARDO LAVEAGA
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

IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE
Universidad de Salamanca

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

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
Suprema Corte de Justicia de la Nación

LUIS DE LA BARREDA SOLÓRZANO
Programa Universitario de Derechos Humanos de la UNAM

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

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 La Salle Bajío

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

MIGUEL BUSTOS RUBIO
Universidad Internacional de La Rioja

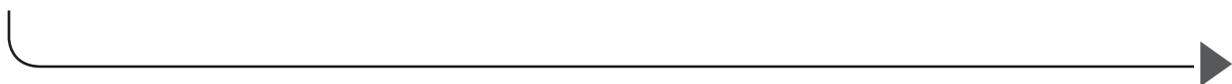
VÍCTOR MANUEL MACÍAS CARO
Universidad Pablo de Olavide

DOCTRINA

Kai Ambos	
<i>Caso Rwabukombe: interpretación del Tribunal Supremo Federal alemán de la (co)autoría y la intención de destruir en el genocidio</i>	1
Lyonel Fernando Calderón Tello	
<i>Bien jurídico protegido por los delitos de blanqueo: blanqueo y receptación</i>	13
Manuel Jorge Carreón Perea	
<i>Un enfoque de las víctimas del delito a partir de los derechos humanos.</i>	39
César Enrique Domínguez Hernández	
<i>La omisión legislativa y sus consecuencias en los derechos humanos en México.</i>	55
Elena Beatriz Fernández Castejón	
<i>Del incumplimiento de obligaciones al favorecimiento indebido en el delito de corrupción en los negocios</i>	69
Mercedes García Arán	
<i>Responsabilidad penal y responsabilidad política: elementos para la diferenciación y la confluencia</i>	79
Ramiro J. García Falconí, Ángel Orna Peñafiel y Eliana Alba Zurita	
<i>La reedición de la discusión de la pena de muerte en América Latina</i>	99
Joaquín Merino Herrera	
<i>El Derecho penal del enemigo: una tendencia imparable de la política criminal mexicana</i>	113
Pablo Mora Díez	
<i>El nacimiento de la genética forense</i>	141
Alberto Enrique Nava Garcés	
<i>Ciberterrorismo: la nueva cara de la delincuencia en el siglo XXI. La participación y fomento al delito por órganos de gobierno y empresas</i>	151
Elena Núñez Castaño	
<i>La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos</i>	167

Contenido

María Alejandra Pastrana Sánchez <i>Seguridad y orden público: un nuevo panorama en el Derecho sancionador español</i>	197
Blanka Julita Stefańska <i>Los actos preparatorios en el Derecho penal polaco</i>	215
Juan M. Terradillos Basoco <i>Estrategias político-criminales frente a la corrupción política. Apuntes desde la experiencia española</i>	227
María del Carmen Vera Rivera <i>Acerca de la justificación de la intervención penal en los delitos económicos</i>	247



Caso Rwabukombe: interpretación del Tribunal Supremo Federal alemán de la (co)autoría y la intención de destruir en el genocidio*

Kai Ambos

*Profesor de la Universidad Georg—
August de Gotinga, Alemania. Juez del
Tribunal Especial para Kosovo*

RESUMEN: En el contexto del genocidio de Ruanda al menos 400 personas fueron brutalmente asesinadas el 11 de abril de 1994 en la masacre de la iglesia de Kiziguro, aproximadamente a 100 kilómetros al noroeste de Kigali, capital de dicho país. El 18 de febrero de 2014, después de tres años de juicio, el Tribunal Supremo regional de Fráncfort del Meno (Oberlandesgericht-OLG), como tribunal competente para juzgar estos hechos, declaró penalmente responsable como cómplice del genocidio a Onesphore Rwabukombe, exalcalde de la municipalidad de Muvumba, ubicada al norte de Ruanda y cerca de la frontera con Uganda, con base en su participación en esta masacre. Rwabukombe fue sentenciado a 14 años de prisión. Al decidir el recurso de casación (revisión) el tercer Strafsenat (división criminal) del Tribunal Supremo Federal alemán (Bundesgerichtshof-BGH) criticó el análisis realizado por el OLG y anuló esta decisión mediante sentencia del 21 de mayo de 2015. Como consecuencia, el 29 de diciembre de 2015, el OLG de Fráncfort le impuso a Rwabukombe una (nueva) condena de prisión perpetua como coautor por su participación en el genocidio, llamando la atención sobre la culpabilidad especialmente grave del condenado. En este artículo se hace entonces una breve reseña de las circunstancias fácticas del caso y del curso del proceso (1. - 3.) y se comenta desde una perspectiva crítica la decisión del BGH, especialmente con relación a la forma de participación y a la intención genocida de destruir, con base en los hallazgos fácticos hechos por el OLG (4.). Como conclusión, se afirma que la justificación del BGH para anular la decisión es convincente en relación a la forma de participación. Sin embargo, se afirma también que este caso muestra nuevamente que tanto el concepto diferenciador de autoría/participación como el entendimiento de la intención genocida de destruir fundada excesivamente en la voluntad son extendidos hasta sus límites cuando se trata de casos de macrocriminalidad.

PALABRAS CLAVE: genocidio, Ruanda, Rwabukombe, intención de destruir, participación criminal.

* Agradezco a Christopher Penkuhn, Göttingen, por el apoyo en la investigación y a Margaret Hiley por su invaluable ayuda en la preparación de la versión en inglés (especialmente las citas de la jurisprudencia y doctrina alemanas fueron traducidas al inglés por ella). La versión original en inglés ha sido publicada en el *Journal of International Criminal Justice* con el título “The German Rwabukombe Case: The Federal Court’s Interpretation of Co-Perpetration and the Genocidal Intent to Destroy” (JICJ 2016, pp. 1-14). Traducción al español de Gustavo Emilio Cote Barco, LLM y doctorando de la GAU. Nota del traductor: las citas textuales en inglés han sido traducidas al español. Además, entre paréntesis y en cursiva se han transcrito a lo largo del texto principal algunos términos técnicos o expresiones en inglés que son importantes para la comprensión del texto. Las citas textuales en alemán también han sido traducidas al español, pero la versión original se mantiene entre paréntesis en la nota al pie respectiva.

Caso Rwabukombe: interpretación del Tribunal Supremo Federal alemán de la (co)autoría

ABSTRACT: *Within the context of the Rwandan genocide, at least 400 people were brutally murdered on 11 April 1994 during the church massacre in Kiziguro, around 100 km north-east of Rwanda's capital Kigali. On 18 February 2014, after a three-year trial, the Higher Regional Court (Oberlandesgericht – OLG) Frankfurt am Main, found, as the competent trial court in this case, Onesphore Rwabukombe, the former mayor of the northern Rwandan municipality of Muvumba on the Ugandan border, guilty of aiding the genocide on the basis of his participation in this massacre. Rwabukombe was sentenced to 14 years in prison. In the appeal proceedings (revision), the third Strafsenat (criminal division) of the German Federal Court (Bundesgerichtshof - BGH) criticized the lower court's legal analysis and annulled the OLG's decision with its Judgment of 21 May 2015. After a retrial, on 29 December 2015 the OLG Frankfurt am Main gave Rwabukombe a life sentence for his participation in the genocide, noting his particularly serious guilt. This paper provides a brief account of the factual circumstances of the case and the course of the procedure (1. - 3.) and engages critically with the legal analysis of the BGH's decision, especially focusing on the form of participation and the genocidal intent to destroy, based upon the OLG's factual findings (4). In conclusion, the BGH provided convincing justification for its annulment in regard to the form of participation; however, the case shows once again that both the differentiated concept of participation and an overly voluntative understanding of the genocidal intent to destroy are stretched to their limits in international criminal cases of macro criminality.*

KEY WORDS: *genocide, Rwanda, Rwabukombe, intent to destroy, criminal participation.*

SUMARIO: *1. Antecedentes fácticos. 2. Proceso de asilo y condena de primera instancia en Alemania. 3. Decisión de apelación del Tribunal Supremo Federal alemán. 4. Análisis crítico. a. La forma correcta de intervención; b. La destrucción social del grupo étnico de los Tutsi. c. La intención (especial) de destruir. Enfoque volitivo (purpose-based) o cognitivo (knowledge-based approach). 5. Objetivos finales e intermedios. 6. Irrelevancia de los motivos.*

Rec: 15-11-2016 | **Fav:** 30-11-2016 | **Código ORCID:** orcid.org/0000-0003-3597-2443

1. Antecedentes fácticos

Onesphore Rwabukombe nació en Byumba, Ruanda, en 1957. La población de Ruanda está compuesta por los grupos étnicos Hutu, Tutsi y Twa.¹ En 1991 el grupo étnico de los Hutu, al cual pertenece el procesado, constituía en Ruanda el grupo mayoritario con aproximadamente el 90% de la población, al lado de los Tutsi (aprox. 10%) y los Twa (menos del 1%). Rwabukombe hizo carrera como político y en 1988 el presidente de Ruanda Juvénal Habyarimana lo nombró alcalde de la municipalidad de Muvumba, la cual se encuentra al norte del país y tenía aproximadamente 65.000 habitantes. En octubre de 1990 el *Front Pa-*

riotique Rwandais (FPR), integrado principalmente por Tutsi, cruzó la frontera con Uganda y ocupó Muvumba. La contraofensiva del ejército ruandés *Forces Armées Rwandaises* (FAR), dominado por los Hutu, generó un largo conflicto armado que forzó a buena parte de la población civil a huir hacia el sur de Ruanda. Como consecuencia, en febrero de 1993 Rwabukombe llegó a la municipalidad de Murambi (ubicada al sur de Muvumba), en donde también se encuentra Kiziguro, lugar en el que posteriormente se cometería el crimen. Allí Rwabukombe continuó actuando como alcalde de los pobladores que habían huido de Muvumba, al lado del alcalde real, Juan-Baptiste Gatete, el cual también pertenecía a la etnia

¹ N. Knust, *Strafrecht und Gacaca* (Berlin: Duncker & Humblot, 2013), p. 8-19; W. Schicho, *Handbuch Afrika*, vol. I (Frankfurt am Main: Brandes & Apsel, 1999), pp. 240-243; cada texto provee una explicación del desarrollo histórico.

Hutu. Durante el tiempo que siguió a estos hechos la posición de Rwabukombe en la administración local se fortaleció poco a poco.

El conflicto alcanzó su punto más álgido cuando el avión presidencial de Ruanda fue derribado el 6 de abril de 1994, lo cual produjo la muerte del presidente hutu Habyarimana y de otros miembros del alto mando. Los tutsi fueron señalados de ser cómplices del FPR y por lo tanto, responsables de este atentado; en consecuencia, se desató una persecución sistemática contra los miembros de dicho grupo, a quienes se acusó de ser “enemigos del Estado”. Estos hechos derivaron en el genocidio de Ruanda, en el cual fueron asesinados entre 500.000 y 1.000.000 de miembros de la minoría Tutsi entre abril y julio de 1994.

Los ataques al grupo étnico Tutsi en Murambi tuvieron lugar a partir del 7 de abril de 1994. Algunos Tutsi huyeron a los terrenos de la iglesia de Kiziguro, así como a un hospital cercano. El 10 de abril de 1994 el procesado, junto con el alcalde Gatete y otros oficiales, visitó el hospital e indagó sobre cuantos tutsi habían adentro. Mientras tanto, cientos de hutu de Murambi, refugiados de Muvumba y miembros de las milicias extremistas Interahamwe,² armados con machetes, hachas, palos, picas y otros instrumentos, rodearon el terreno de la iglesia. Al principio ellos no atacaron, ya que esperaron obedientemente órdenes para actuar. En este contexto, el OLG de Fráncfort señaló que las personas armadas “no hubieran sido capaces de realizar un ataque coordinado sin ‘personas con autoridad’”.³ El mismo día Rwabukombe, Gatete y otras personas a las que se hace referencia como “administradores” se aproximaron a la iglesia y advirtieron a los sacerdotes que sus vidas estarían en peligro si no dejaban dichos terrenos. Posteriormente los sacerdotes se retiraron. En la tarde las personas con autoridad que se encontraban presentes, entre ellas Rwabukombe, decidieron que la iglesia debía ser atacada con el objetivo de matar a quienes habían buscado refugio allí.

El 11 de abril de 1994, día del crimen, Rwabukombe, Gatete y otros “administradores” se dirigieron al

patio interior de la iglesia, lugar en donde se encontraban la mayoría de las posteriores víctimas. Gatete ordenó a las personas armadas que “hicieran su trabajo”, después de lo cual éstas comenzaron a matar en una forma extremadamente cruel a quienes estaban reunidos en este lugar. La presencia de Rwabukombe y Gatete, siendo las dos personas con autoridad, le dio a los perpetradores del crimen “la seguridad de que estaban actuando correctamente”⁴ y tuvo que haber sido interpretada por éstos como una señal de que aquellos aprobaban sus actos. Además, Rwabukombe gritó a los que estaban llevando a cabo la matanza: “trabajen!”, “ayuden!”, “comiencen su trabajo!”.⁵ Más aún, a lo largo del día Rwabukombe indagó en varias oportunidades con las personas armadas estacionadas en la entrada del patio interior de la iglesia sobre el progreso de los asesinatos, dando instrucciones de que no se dejara escapar a nadie. Rwabukombe y otras personas con autoridad también trajeron más atacantes a los terrenos de la iglesia y motivaron a aquellos que ya estaban llevando a cabo la masacre para que continuaran su trabajo. Fuera de eso, Rwabukombe ordenó a los atacantes que transportaran hasta el patio interior a los Tutsi que todavía se encontraban en el hospital.

2. Proceso de asilo y condena de primera instancia en Alemania

Rwabukombe huyó a Alemania, a donde llegó el 21 de agosto de 2002. Aquí presentó una solicitud de asilo que fue negada el 26 de septiembre de ese mismo año por la Oficina Federal para el Reconocimiento de Refugiados Extranjeros [*Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge*] (ahora: Oficina Federal para Migración y Refugiados [*Bundesamt für Migration und Flüchtlinge*]). Sin embargo, Rwabukombe inició los procesos legales pertinentes ante el tribunal administrativo competente y éste obligó a la Oficina Federal mediante decisión del 23 de noviembre de 2006 a reconocerlo a él y a su esposa como refugiados. En octubre de 2007 fueron enviadas

² Sobre este término ver W. Schicho, nota al pie 1, p. 252; N. Knust, nota al pie 1, p. 19 con n. 64.

³ OLG Frankfurt am Main, Sentencia del 18 de febrero de 2014 (5 – 3 StE 4/10 – 4 – 3/10), par. 246 (orig. “ohne die ‘Autoritätspersonen’ auch nicht zu einem koordinierten Angriff fähig”) con comentarios de G. Werle y B. Burghardt, “Der Völkermord in Ruanda und die deutsche Strafjustiz”, 10 *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)* (2015), pp.46-56.

⁴ OLG Frankfurt am Main, Sentencia de 18 de febrero de 2014 (5 – 3 StE 4/10 – 4 – 3/10), par. 261 (orig. “die Gewissheit, richtig zu handeln”).

⁵ OLG Frankfurt am Main, Sentencia del 18 de febrero de 2014 (5 – 3 StE 4/10 – 4 – 3/10), par. 262 (orig. “‘Arbeitet!’, ‘Helft!’, ‘Fangt mit eurer Arbeit an!’”).

Caso Rwabukombe: interpretación del Tribunal Supremo Federal alemán de la (co)autoría

a las autoridades alemanas tanto una acusación escrita por el Fiscal General de Ruanda como una orden de arresto con fecha del 19 de agosto de 2007.⁶ El 6 de noviembre de 2008 el OLG de Fráncfort se negó a extraditar a Rwabukombe a su país, argumentando que en Ruanda no le podía ser garantizado un proceso justo.⁷ El 26 de julio de 2010 el juez de instrucción del BGH emitió una orden de arresto en contra del procesado, quien hasta el momento no había tenido antecedentes criminales. En consecuencia, Rwabukombe fue arrestado y ha estado en detención provisional (*pre-trial detention*) desde entonces. Simultáneamente, con la segunda sentencia del OLG de Fráncfort se ordenó la continuación de la detención preventiva.⁸ Mientras tanto, un recurso de apelación fue presentado en contra de la segunda sentencia del OLG de Fráncfort, pero no son de esperar consecuencias legales adicionales.

La competencia del OLG de Fráncfort frente al proceso y la acusación por el delito de genocidio conforme al art. 220a (antigua versión) del Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch* – StGB) se fundamentó inicialmente en el art. 120(1) no. 8 (antigua versión) de la ley alemana de organización del poder judicial (*Gerichtsverfassungsgesetz* – GVG).⁹ El juicio en contra de Rwabukombe fue abierto el 18 de enero de 2011; el 18 de febrero de 2014 éste fue condenado como cómplice de genocidio –el “crimen

de crímenes” (“*crime of crimes*”)¹⁰– de acuerdo con los artículos 220a (antigua versión) y 27 StGB. Se debe mencionar que la aplicación del Derecho Penal alemán y con él de la jurisdicción alemana surgen del principio de jurisdicción universal, el cual siempre ha sido reconocido para casos de genocidio.¹¹ El OLG encontró probado que la conducta de Gatete y de los demás atacantes cumplió con todos los elementos del crimen de genocidio y que ellos actuaron con la intención (especial) de destruir que es necesaria para que se configure este delito. Con relación a Gatete, el Tribunal se basó en la teoría del “autor detrás del autor”, justificando la imputación como autor mediato (art. 25(1) alternativa 2 StGB) en su posición de liderazgo en la administración pública.¹² Respecto al acusado Rwabukombe, el Tribunal estableció que éste ayudó como cómplice al acto principal realizado por Gatete y los demás atacantes. Sin embargo, el OLG se negó a condenar a Rwabukombe como coautor (*co-perpetrator*). En el Derecho Penal alemán la coautoría (*co-perpetration*) es considerada más grave que la participación (o *secondary participation*), especialmente cuando se trata de la mera asistencia. El Tribunal consideró, desde una perspectiva objetiva, que Rwabukombe no había tenido el control físico del hecho, necesario para ser autor, y, desde una perspectiva subjetiva, que él no actuó con la intención independiente de destruir el grupo étnico

⁶ El OLG de Fráncfort habla aquí de “*international arrest warrant*” (OLG Frankfurt am Main, Sentencia del 18 de febrero de 2014 (5 – 3 StE 4/10 – 4 – 3/10), pará. 132). Sin embargo, una “*international arrest warrant*” sólo puede ser expedida por una institución judicial internacional, como por ejemplo la Corte Penal Internacional (art. 58(1) Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI); ver también art. 20(2) Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) y art. 19(2) Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR).

⁷ OLG Frankfurt am Main, Decisión del 6 de noviembre de 2008 (2 Ausl A 175/07), en 14 *Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungsreport (NSiZ-RR)* (2009), 82.

⁸ OLG Frankfurt am Main, Sentencia del 29 de diciembre de 2015 (4-3 StE 4/10 - 4 - 1/15). El OLG siguió en esta ocasión la interpretación del BGH y condenó al procesado a cadena perpetua como coautor por el delito de genocidio.

⁹ El Código Penal Internacional alemán (*Völkerstrafgesetzbuch*, VStGB) del 26 de junio de 2002 derogó el antiguo tipo penal de genocidio que se encontraba en el art. 220a StGB y lo transfirió al VStGB. Desde entonces, los crímenes internacionales (*core crimes*) se incluyeron como tipos penales entre los art. 6 y 12 de dicho Código. Tanto el art. 220a StGB como el art. 6 VStGB se basan en la definición internacional contemplada en la Convención contra el Genocidio y en el art. 6 del Estatuto de la CPI. Al mismo tiempo, la regla prevista en el art. 120(1) no. 8 GVG fue adoptada y se previó la jurisdicción del OLG por todos los actos contemplados en el VStGB. En todo caso, de acuerdo con el principio de legalidad previsto en el art. 2(1) StGB, aquí se aplican los art. 220a StGB (antigua versión) y 120(1) no. 8 GVG (antigua versión), debido a éstas constituyen las normas vigentes en el momento de los hechos.

¹⁰ K. Ambos, *Treatise on International Criminal Law, vol. II, The Crimes and Sentencing* (Oxford: University Press, 2014), p. 2 con más referencias en el pie de página número 9; L. May, *Genocide* (Cambridge: University Press, 2010), p. 1; H. Vest, *Gerechtigkeit für Humanitätsverbrechen?* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2006), p. 143; W. Schabas, *The ICC: A Commentary on the Rome Statute* (Oxford: University Press, 2010), p. 119; C.J.M. Safferling y J. Grzywotz 92 *Juristische Rundschau (JR)* (2016), 186, p. 192.

¹¹ De acuerdo con el Derecho actual art. 1 VStGB; de acuerdo con el Derecho anterior aplicable en este caso (art. 2(1) StGB, ver nota al pie 9 incluyendo mi texto) art. 6(1) StGB.

¹² OLG Frankfurt am Main, Sentencia del 18 de febrero de 2014 (5 – 3 StE 4/10 – 4 – 3/10), pará. 735.

¹³ OLG Frankfurt am Main, Sentencia del 18 de febrero de 2014 (5 – 3 StE 4/10 – 4 – 3/10), pará. 747, 763-765. Según el Derecho Penal alemán, para ser condenado como autor el perpetrador debe reunir o cumplir con todos los elementos (objetivos y subjetivos) del crimen (J. Wessels, W. Beulke, and H. Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (45th ed., Heidelberg: C.F. Müller, 2015), no. 741; U. Murmann, *Grundkurs*

de los Tutsi.¹³ De hecho, dada la postura (solamente) ambivalente del acusado frente a la destrucción de los tutsi, el Tribunal consideró que no era posible concluir más allá de la duda razonable que éste hubiera *querido* destruir dicho grupo étnico.¹⁴

3. Decisión de apelación del Tribunal Supremo Federal alemán

La sentencia del OLG de Fráncfort fue atacada por medio de un recurso de casación (*revision*)¹⁵ presentado por el Fiscal General y por cuatro partes civiles. Según éstos, Rwabukombe no solamente había ayudado a la comisión del genocidio, sino que habría contribuido a su (co)perpetración. Como consecuencia, el 21 de mayo de 2015 el Tribunal Federal (BGH) anuló la sentencia del OLG de Fráncfort y remitió el proceso a una cámara diferente del Tribunal para que fuera resuelto nuevamente. La casación presentada por Rwabukombe fue rechazada por carecer de mérito.

En su análisis el BGH abordó en primer lugar los requisitos de la coautoría. Al respecto, el BGH afirmó que para que esta forma de responsabilidad se dé, no es necesario que el acusado esté presente en el momento en el que el crimen es efectivamente cometido; de hecho, una contribución durante la etapa de pre-

paración sería suficiente.¹⁶ Sobre esta base, el BGH consideró que la valoración realizada en primera instancia por parte del Tribunal contenía errores de Derecho, ya que éste no tuvo en cuenta suficientemente que el “acusado, quien en virtud de su posición y rol era una eminente persona con autoridad y respetada, había estado involucrado incluso en la preparación de la masacre”.¹⁷ Frente a esta circunstancia el BGH se enfocó en las reuniones de personas que tenían algún tipo de autoridad y en las que se acordó matar a quienes habían buscado protección en la iglesia y en el hospital, las cuales fueron mencionadas líneas arriba. Además, el BGH se refirió a otras actividades realizadas por Rwabukombe y que fueron significativas para la perpetración del crimen, como por ejemplo las veces en que él exhortó a las personas armadas para que asesinaran a las víctimas, sus preguntas sobre el progreso de la matanza, el traslado —realizado por él mismo— de más atacantes hutu hacia la iglesia, y, finalmente, el movimiento de más víctimas tutsi desde el hospital vecino a los terrenos de la iglesia por solicitud suya.¹⁸ Para el BGH estas actividades constituyen contribuciones sustanciales e independientes, las cuales van más allá de solamente soportar un acto principal llevado a cabo por otros.¹⁹ En consecuencia, el BGH consideró al acusado como coautor (*direct*

Strafrecht (3rd ed., Munich: C.H. Beck, 2015), § 27 no. 18). En consecuencia, tanto el autor directo como el autor mediato o los coautores de un genocidio deben actuar con la intención general de llevar a cabo la conducta (dolo) así como con una intención (especial) de destruir. Si únicamente se actúa con la intención de apoyar y con conocimiento de la intención de destruir del perpetrador principal, sólo es posible imponer una sanción a título de complicidad según el art. 27 StGB.

¹⁴ OLG Frankfurt am Main, Sentencia del 18 de febrero de 2014 (5 – 3 StE 4/10 – 4 – 3/10), pará. 227-232.

¹⁵ En el proceso penal alemán el recurso de casación (*revision*) no conduce a una nueva determinación de los hechos, ya que en él se discuten solamente aspectos legales. En consecuencia, como resultado de una casación (*revision*) no tiene lugar un nuevo juicio. Este recurso se diferencia de la apelación (*Berufung*), ya que esta última permite debatir aspectos fácticos y jurídicos y constituye una segunda instancia en estricto sentido. (C. Roxin y B. Schünemann, *Strafverfahrensrecht* (28th ed., Munich: C.H. Beck, 2014), § 54 no. 1, § 55 no. 1; K. Volk y A. Engländer, *Grundkurs StPO* (8th ed., Munich: C.H. Beck, 2013), § 34 no. 3, § 36 no. 1). En todo caso, el recurso de *Berufung* se diferencia del *appeal* en el procedimiento penal internacional, a pesar de que este último permite revisar errores de hecho y de derecho de la sentencia, de manera que puede ser visto como una especie de “casación extendida” (K. Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, vol. III, *International Criminal Procedure* (Oxford: University Press, 2016), p. 549-508; see Kirsch, “Verteidigung im Verfahren vor dem Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien (JStGH)”, *Strafverteidiger (StV)* 23 (2003), 636-640, p. 637; ver Lundqvist, “Admitting and Evaluating Evidence in the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia Appeals Chamber Proceedings”, *Leiden Journal of International Law (LJIL)* 15 (2002), 641-666, p. 655-664; para una evaluación de “*appeal*” como *Berufung*, ver Gless, *Internationales Strafrecht* (2nd ed., Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2015), no. 897-899).

¹⁶ BGH, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 *Juristenzeitung (JZ)* (2016), 103, p. 104 con más referencias: “La aceptación de la coautoría no necesariamente exige la intervención en el suceso principal; incluso una contribución realizada en la etapa de preparación del hecho que es relevante de manera inmediata a la luz del tipo penal [...] puede ser suficiente” (orig. “Die Annahme von Mittäterschaft erfordert allerdings nicht zwingend eine Mitwirkung am Kerngeschehen; es kann sogar ein Beitrag im Vorbereitungsstadium des unmittelbar tatbestandlichen Handelns ... genügen”); con comentarios: Berster 11 *ZIS* (2016), 72; Burghardt 71 *JZ* (2016), 106 (cadena perpetua en el VStGB desactualizada, 108); C.J.M. Safferling and J. Grzywotz 92 *JR* (2016), 186 (crítico con relación a la falta de armonización entre la jurisprudencia alemana y la internacional, 192).

¹⁷ BGH, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 *JZ* (2016), 103, p. 104 (ver orig: dass der “Angeklagte, der aufgrund seiner Stellung und Funktion eine herausgehobene Autoritäts- und Respektsperson war, bereits in die Vorbereitungen des Massakers eingebunden war”).

¹⁸ BGH, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 *JZ* (2016), 103, p. 104.

¹⁹ BGH, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 *JZ* (2016), 103, p. 105.

Caso Rwabukombe: interpretación del Tribunal Supremo Federal alemán de la (co)autoría

co-perpetrator) y al mismo tiempo rechazó la perpetración indirecta fundada en el dominio en virtud de una organización (*Organisationsherrschaft*),²⁰ la cual había sido alegada por el Fiscal General al sustentar la casación.²¹

Con relación a la intención genocida, el BGH —a diferencia del OLG— se concentró en el hecho de que la destrucción parcial de los tutsi pudo haber representado sólo un objetivo intermedio, en la medida en que constituía un resultado necesario para que el procesado no perdiera su posición de autoridad.²² Además, el BGH afirmó enfáticamente que era posible derivar el elemento de la intención de manera circunstancial a partir de la importante contribución objetiva que el procesado hizo a los hechos, lo cual debe ser considerado en el contexto de estos eventos como un todo.²³

4. Análisis crítico

a. La forma correcta de intervención

La primera pregunta que surge es si Rwabukombe debe ser considerado como autor (*principal perpetrator*) o como cómplice. Este problema es especialmente significativo debido al grado de la pena a imponer.²⁴ En un primer paso, podemos estar de acuerdo con el BGH en que el acusado —con base en las observaciones del OLG— cumple con los requisitos de la autoría. Sin embargo, con relación a este punto es posible seguir dos caminos diferentes, aunque los dos no son

igualmente convincentes: por un lado, de acuerdo con la estructura jerárquica de la perpetración del crimen, el acusado podría ser clasificado como autor mediato (*indirect perpetrator*); pero, por otro lado, siguiendo la argumentación del BGH, podríamos aceptar la coautoría (*direct co-perpetration*) en la ejecución de los actos homicidas, aun cuando el acusado no realizó por sí mismo ninguno de éstos. No solamente la condición de líder que ostentaba el acusado —al lado de Juan-Baptiste Gatete— sino también la influencia concreta que tuvo respecto a la decisión sobre el momento de la comisión de los hechos y la forma en que ellos fueron llevados a cabo parecen hablar en favor de la autoría mediata o perpetración indirecta. De acuerdo con los hallazgos fácticos del OLG, Rwabukombe coordinó y dirigió los actos con la cooperación de Gatete (y posiblemente de otras “personas con autoridad”). Esto sugiere la coperpetración indirecta (*indirect co-perpetration*) tal y como fue reconocida, por ejemplo, por la CPI en el juicio contra *Katanga*.²⁵ El problema con esta posición es que para justificarse a sí misma necesita acudir a la doctrina del dominio de la organización (*Organisationsherrschaft*), con el fin de superar la falta de control de la persona que se encuentra detrás de los hechos cuando las conductas delictivas son llevadas a cabo por perpetradores completamente responsables (“autor detrás del autor”).²⁶ Esto conduce al problema de si la doctrina del dominio de la organización, la cual fue desarrollada en el contexto de jerarquías formales (o terror de Estado), realmente se pue-

²⁰ Ver *BGH*, Sentencia del 26 de julio de 1994 (5 StR 98/94), en *BGHSt* 40, 218-240, pp. 233-238.

²¹ Ver *BGH*, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 *JZ* (2016), 103, p. 105.

²² *BGH*, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 *JZ* (2016), 103, p. 105. Ver también G. Werle y F. Jeßberger, *Principles of International Criminal Law* (3rd ed., Oxford et al.: Oxford University Press, 2014), no. 841.

²³ *BGH*, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 *JZ* (2016), 103, p. 105; al respecto K. Ambos, *Internationales Strafrecht* (4th ed., Munich: C.H. Beck, 2014), § 7 no. 148; *ibid.*, nota al pie 10, pp. 37-38; C.J.M. Safferling, *Internationales Strafrecht* (Berlin: Springer, 2011), § 6 no. 40; W. Schabas, *Genocide* (2nd ed., Cambridge et al.: Cambridge University Press, 2009), pp. 264-267. Ver también ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Sentencia del 3 de febrero de 2015 (2015/4), disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> (última visita: 27 de junio de 2016), par. 143-148.

²⁴ De acuerdo con la segunda frase del art. 27(2) StGB, el cómplice puede ser sancionado de forma más benigna que el autor. En cambio, según el art. 26 StGB, el instigador o determinador (segunda forma de participación al lado de la complicidad) debe ser sancionado igual que el autor.

²⁵ ICC, Decision on the Confirmation of Charges, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui* (ICC-01/04-01/07-717), Pre-Trial Chamber I, 30 de septiembre de 2008, par. 492, 521-522; ver también K. Ambos, “Art. 25”, en O. Triffterer and K. Ambos (eds.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (3rd ed., Munich: C.H. Beck et al., 2016), no. 14; *ibid.*, “Zur ‘Organisation’ bei der Organisationsherrschaft”, en M. Heinrich et al. (eds.), *Strafrecht als Scientia universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, vol. 1 (Berlin et al.: de Gruyter, 2011), 837-852, pp. 844-846; G. Werle and B. Burghardt, “Die mittelbare Täterschaft im Völkerstrafrecht”, in R. Bloy et al. (eds.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maivald zum 75. Geburtstag* (Berlin: Duncker & Humblot, 2010), 849-864, pp. 853, 862-869; T. Weigend, “Perpetration through an Organization. The Unexpected Career of a German Legal Concept”, 9 *Journal of International Criminal Justice (JICJ)* (2011), 91-111, pp. 92-94.

²⁶ Sobre esta explicación de la teoría de *Organisationsherrschaft* en el contexto del Derecho Penal Internacional, ver K. Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts* (2nd ed., Berlin: Duncker & Humblot, 2004), pp. 590-611; *ibid.*, *Treatise on International Criminal Law, vol. I, Foundations and General Part* (Oxford: University Press, 2013), pp. 154-160; *ibid.*, “The Fujimori Judgment”, 9 *JICJ* (2011), 137-158, pp. 145-157.

de aplicar sin más en casos de jerarquías informales en el contexto de milicias no estatales o incluso, como en el presente caso, cuando se trata de una multitud o turba de civiles.²⁷

Con base en lo anterior, resulta más convincente considerar al acusado como coautor directo o inmediato (*direct co-perpetrator* o *unmittelbare Mittäter*),²⁸ siguiendo lo dicho por el BGH, debido a que su contribución no se limitó solamente a dirigir a los atacantes. Por el contrario, la conducta de Rwabukombe estuvo orientada sobre todo a reforzar directamente los hechos, es decir a asegurar su resultado. De ahí que sea posible atribuirle la condición de perpetrador principal con fundamento en lo que él mismo hizo. En principio, el hecho de que un interviniente se encuentre en los niveles más altos de una organización estructurada jerárquicamente —cuya existencia en este caso es altamente cuestionable tal y como se sugirió líneas atrás— no impide la valoración de acciones individuales como contribuciones funcionales al crimen en cuestión.²⁹ Para la fundamentación de la coautoría resulta entonces crucial probar la existencia de contribuciones esenciales (*key contributions*) al hecho global,³⁰ para lo cual no es necesario realizar demandas exageradas con relación al requisito del dominio (funcional) del hecho.³¹ La intervención en la etapa preparatoria puede ser suficiente,³² especialmente en contextos de macro criminalidad, como ocurre en los crímenes relevantes para el Derecho penal internacional, los cuales normalmente son cometidos de manera colectiva y por esto, a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de criminalidad ordinaria,³³ suele ser muy difícil identificar contribuciones individuales concretas.

A este respecto, con base en los hallazgos del OLG, es posible articular varios argumentos que soportan la coautoría (*co-perpetration*): por un lado, la participación de Rwabukombe en la planeación del ataque teniendo una posición de liderazgo constituye la actividad crucial durante la etapa preparatoria, a partir de la cual se deriva su control sobre la configuración de los hechos.³⁴ Adicionalmente, el traslado de más atacantes a los terrenos de la iglesia y la orden de llevar a los tutsi que se encontraban en el hospital vecino al patio interior de la misma, y por consiguiente a su muerte, también confirma que la intervención del procesado constituyó una contribución indispensable y por lo tanto esencial al acto de matar lo más rápido posible a todos aquellos que habían sido reunidos en dicho lugar. Por otro lado, la perpetración directa se puede deducir de la presencia misma del procesado durante los actos homicidas. En este caso, la presencia del procesado y las órdenes que éste dio (junto a las órdenes de otras personas con autoridad) no solamente motivaron a las personas armadas para que continuaran el ataque hasta que murieran todos aquellos que estaban huyendo, sino que también fueron los factores decisivos que llevaron, desde un primer momento, a que dichas personas atacaran. De acuerdo con esto, la presencia del procesado puede ser catalogada como una contribución tan importante y por consiguiente indispensable, de tal manera que puede fundamentar la imputación a título de coautor junto a quienes efectivamente cometieron la matanza. El plan común para cometer el crimen, requerido por esta forma de responsabilidad, es evidente en la decisión de atacar y matar que conecta al procesado y a quienes

²⁷ Al respecto K. Ambos, “Zur ‘Organisation’ bei der Organisationsherrschaft”, nota al pie 25, p. 841-849.

²⁸ BGH, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 JZ (2016), 103, p. 106-107. De acuerdo Burghardt 71 JZ (2016), 106-7.

²⁹ Ver W. Joecks, “§ 25”, en W. Joecks and K. Miebach (eds), *Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch, vol. I* (2nd ed., Munich: C.H. Beck, 2011), no. 227 (“sistema de perpetradores estructurado verticalmente”); E.-J. Lampe, “Tätersystem: Spuren und Strukturen”, 119 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* (2007), 471-517, p. 508-516.

³⁰ ICC, Decision on the Confirmation of Charges, *Prosecutor v. Lubanga* (ICC-01/04-01/06-803), Pre-Trial Chamber I, 29 de enero de 2007, par. 332, 346-348; ICC, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, *Prosecutor v. Lubanga* (ICC-01/04-01/06-2842), Trial Chamber I, 14 de marzo de 2012, par. 989-1006; G. Werle and F. Jeßberger, nota al pie 22, p. 540-541; H. Olásolo, *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principles to International Crimes* (Oxford et al.: Hart, 2009), p. 278; K. Ambos, *Treatise on ICL I*, nota al pie 26, p. 150-153; T. Weigend, “Intent, Mistake of Law, and Co-perpetration in the Lubanga Decision on Confirmation of Charges”, 6 *JICJ* (2008), 471-487, p. 476-480.

³¹ Ver BGH, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 JZ (2016), 103, p. 104.

³² BGH, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 JZ (2016), 103, p. 104; OLG Frankfurt am Main, Sentencia del 29 de diciembre de 2015 (4-3 StE 4/10 - 4 - 1/15), par. 259; un punto de vista diferente es dado por C. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, vol. II* (München: C.H. Beck, 2003), § 25 no. 122.

³³ K. Ambos, *Treatise on ICL I*, nota al pie 26, p. 84-86; P. Behrens, “Between Abstract Event and Individualized Crime: Genocidal Intent in the Case of Croatia”, 28 *LJIL* (2015), 923-935, p. 925-929.

³⁴ G. Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (2nd ed., Berlin: de Gruyter, 1991), p. 21/49-51; ICC, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, *Prosecutor v. Lubanga* (ICC-01/04-01/06-2842), Trial Chamber I, 14 de marzo de 2012, par. 1003-1006.

Caso Rwabukombe: interpretación del Tribunal Supremo Federal alemán de la (co)autoría

directamente realizaron los asesinatos. Esta visión es problemática, claro está, dado que entre el procesado y los perpetradores materiales no existía una relación horizontal como ocurre normalmente en la coautoría (*co-perpetration*), pues aquel representaba una figura con autoridad para éstos, tal y como se resalta en las dos sentencias. Estas dificultades muestran cómo la clásica teoría alemana sobre intervención, la cual diferencia, por un lado, distintas clases de autoría y, por otro, la participación, es llevada hasta sus límites en casos como éste. De todas maneras, no se puede perder de vista que existen razones suficientes para considerar todo el suceso, es decir la masacre de las 400 personas, como un hecho global (*overall crime* o *Gesamttat*) y por lo tanto como el punto de referencia para la imputación.³⁵ Así las cosas, la pregunta relevante es si el procesado es un perpetrador principal (es decir un autor) o secundario (o sea un partícipe) con relación a dicho crimen global; como se ha explicado hasta aquí, la realización de contribuciones directas al crimen global hablaría en favor de la primera posibilidad.

b. La destrucción social del grupo étnico de los Tutsi

De forma más o menos incidental, el BGH incluyó la destrucción social de un grupo entre los elementos objetivos del genocidio.³⁶ El BGH siguió en este punto su propia jurisprudencia así como la del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*

- BVerfG).³⁷ Sin embargo, se debe recordar que a pesar de las discusiones que tuvieron lugar durante las negociaciones del Estatuto de Roma de la CPI, esta interpretación extensiva no fue incluida en dicho Estatuto.³⁸ La destrucción social de un grupo se podría subsumir en los elementos de este crimen si el elemento “grupo [...] como tal” (“*group as such*”) – el cual fue incluido en el § 6 VStGB y en el art. 6 Estatuto de la CPI – se interpreta de manera amplia y la existencia del grupo es reconocida a partir de sus vínculos o relaciones sociales.³⁹ En cualquier caso, el requisito objetivo de la destrucción física del grupo no se ve alterado por este enfoque.⁴⁰

c. La intención (especial) de destruir. Enfoque volitivo (purpose-based) o cognitivo (knowledge-based approach)

Para que el requisito de la intención genocida de destruir se cumpla, asumiendo que los hechos fueron perpetrados directamente por el procesado, es necesario que él mismo haya tenido dicha intención, no siendo suficiente solamente el conocimiento al respecto (como ocurre en los casos de complicidad).⁴¹ En cuanto crimen que supone un tipo de intención adicional,⁴² el genocidio requiere la intención especial (es decir específica) de destruir por lo menos una parte del grupo en cuestión. Este requisito subjetivo del genocidio constituye una exigencia alta,

³⁵ Al respecto K. Ambos, “Zur ‘Organisation’ bei der Organisationsherrschaft”, nota al pie 25, p. 845-846. También OLG Frankfurt am Main, Sentencia del 29 de diciembre de 2015 (4-3 StE 4/10 - 4 - 1/15), pará. 276-280.

³⁶ BGH, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 JZ (2016), 103, p. 105.

³⁷ BVerfG, Sentencia del 12 de diciembre de 2000 (2 BvR 1290/99), en 54 NJW (2001), 1848-1853, p. 1850; BGH, Sentencia del 30 de abril de 1999 (3 StR 215/98), en BGHSt 45, 64-91, p. 80; ver también G. Werle, “Die deutsche Rechtsprechung zur Zerstörungsabsicht beim Völkermord und die Europäische Menschenrechtskonvention”, en M. Hettinger et al. (eds.), *Festschrift für Wilfried Küper* (Heidelberg: C.F. Müller, 2007), 675-690; C.J.M. Safferling, “Wider die Feinde der Humanität - Der Tatbestand des Völkermordes nach der Römischen Konferenz”, 41 *Juristische Schulung (JuS)* (2001), 735-739, p. 738; C. Kreß, “§ 6 VStGB”, en W. Joecks and K. Miebach (eds.), *Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch, vol. VIII* (2nd ed., Munich: C.H. Beck, 2013), no. 71 con más referencias en el pie de página 226.

³⁸ Ver ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Sentencia del 3 de febrero de 2015 (2015/4), disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> (última visita: 27 de junio de 2016), pará. 136; W. Schabas, “Art. 6”, in O. Triffler and K. Ambos (eds.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (3rd ed., Munich: C.H. Beck et al., 2016), no. 16.

³⁹ K. Ambos, nota al pie 10, p. 39-40 con notas sobre el desarrollo histórico (p. 40); C.J.M. Safferling, nota al pie 23, § 6 no. 38; para una visión diferente ver C. Kreß, nota al pie 37, no. 71-72. Sobre un intento de restricción ver L. Berster, “The Alleged Non-Existence of Cultural Genocide”, 13 *JICJ* (2015), 677-692, p. 682-684; *ibid.*, “Entscheidungsanmerkung. Völkermord in Ruanda – zum Merkmal der Zerstörungsabsicht”, 11 *ZIS* (2016), 72-74, p. 73.

⁴⁰ Para un recuento detallado ver K. Ambos, nota al pie 10, p. 39-40. Sobre la interpretación ambigua en la jurisprudencia alemana ver ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Radislav Krstic* (IT-98-33-T), Trial Chamber, 2 de agosto de 2001, pará. 579.

⁴¹ H.-H. Jescheck y Weigend, T., *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil* (5th ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996), § 30 III 2; C. Roxin, nota al pie 32, § 26 no. 268-270; R. Reniger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (7th ed., Munich: C.H. Beck, 2015), § 27 no. 114. Ver arriba la nota al pie 13 así como el texto principal.

⁴² ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Sentencia del 3 de febrero de 2015 (2015/4), disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> (última visita: 27 de junio de 2016), pará. 132

lo cual se puede constatar en la reciente sentencia proferida por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia con relación al líder serbio Radovan Karadžić, quien fue condenado a título de genocidio “únicamente” por los actos cometidos por sus subordinados en Srebrenica, pero absuelto frente a los hechos que tuvieron lugar en otras comunidades bosnias.⁴³

A este respecto el BGH afirma con base en su propia jurisprudencia⁴⁴ que no es necesario que la intención de destruir constituya la motivación decisiva para llevar a cabo los actos de genocidio, pero que dicha intención debe estar acompañada en todo caso por (o se debe soportar en) la voluntad de alcanzar un resultado particular.⁴⁵ Este enfoque, el cual en el debate internacional se denomina *purpose-based approach*, exige que incluso aquellos perpetradores que se encuentran en la base de una jerarquía determinada claramente posean la intención de destruir. Dicha forma de entender la intención genocida, fundada estrictamente en la voluntad, resulta tan poco convincente como el extremo contrario en donde el requisito de la intención se tiene por cumplido exclusivamente con base en el conocimiento (*knowledge-based approach*). De acuerdo con esta última posición, solamente el conocimiento sobre la intención genocida de quienes están al mando del hecho global

es suficiente.⁴⁶ Sin embargo, sobre la base de este enfoque cognitivo, es posible predicar una interpretación teleológica de acuerdo con la cual el conocimiento puede ser suficiente en los niveles más bajos de una organización, pero se debe agregar un elemento volitivo a medida que se asciende a través de los distintos niveles jerárquicos.⁴⁷ En consecuencia, se puede asumir un doble estándar, de acuerdo con el cual, cuando se trata de los líderes de un grupo u organización, se debe exigir la intención en el sentido de voluntad dirigida a un propósito específico o a producir un resultado, mientras que cuando se trata de quienes actúan directamente y bajo la dirección de aquellos, sería suficiente el conocimiento sobre la idoneidad de los actos en cuanto medio para la destrucción del grupo.

5. Objetivos finales e intermedios

En el caso que se comenta, el BGH siguió el denominado *purpose-based approach* con relación a todos los niveles jerárquicos, pero, al mismo tiempo, aceptó la intención de destruir a través del concepto de objetivos intermedios. Así, para aceptar que efectivamente existió la intención de destruir, sería suficiente con que ésta constituyera un objetivo intermedio en el camino hacia un resultado final pretendido por el

“Es considerado como dolo especial, es decir como una intención específica, la cual, para que se pueda establecer un genocidio, debe estar presente como un elemento adicional a la intención requerida para cada uno de los actos individuales cometidos”; K. Ambos, nota al pie 10, p. 21, con más referencias en el pie de página 144; O. Triffterer, “Genocide. Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as such”, 14 *LJIL* (2001), 399-408, p. 402 (“elemento mental extendido”); W. Schabas, nota al pie 23, p. 270-273.

⁴³ ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Radovan Karadžić* (IT-95-5/18-T), Trial Chamber, 24 de marzo de 2016, par. 2595-2626. Al respecto K. Ambos, “Karadžić’s Genocidal Intent as the only ‘Reasonable Inference’?”, *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 1 April 2016, disponible en <http://www.ejiltalk.org/karadzic-genocidal-intent-as-the-only-reasonable-inference/> (última visita: 27 de junio de 2016); *ibid.*, “Absicht zum Völkermord?”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ)*, 31 de marzo de 2016, disponible en <http://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/urteil-im-fall-radovan-karadzic-absicht-zum-voelkermord-14153500.html> (última visita: 27 de junio de 2016).

⁴⁴ *BGH*, Decisión del 21 de febrero de 2001 (3 StR 244/00), 54 *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* (2001), 2732-2734, p. 2733; también ICC, Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest, *Prosecutor v. Al Bashir* (ICC-02/0501/09-3), Pre-Trial Chamber I, 4 de marzo de 2009, par. 139, pie de página 154; C.J.M. Safferling, nota al pie 23, § 6 no. 37; G. Werle and F. Jeßberger, nota al pie 22, p. 841. *OLG Frankfurt am Main*, Sentencia del 29 de diciembre de 2015 (4-3 StE 4/10 - 4 - 1/15) hace énfasis, sin embargo, en que la intención requerida se puede inferir de las circunstancias de un ataque dirigido estructuralmente (par. 225).

⁴⁵ *BGH*, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 *JZ* (2016), 103, p. 105. También C.J.M. Safferling y J. Grzywotz 92 *JR* (2016), 186, p. 189; Burghardt 71 *JZ* (2016), 106, p. 107-108.

⁴⁶ A.K.A. Greenwalt, “Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge-Based Interpretation”, 99 *Columbia Law Review (ColLR)* (1999), 2259-2294; H. Vest, *Genozid durch organisatorische Machtapparate* (Baden-Baden: Nomos, 2002), p. 101-110; C. Kreß, nota al pie 37, no. 82; O. Triffterer, “Kriminalpolitische und dogmatische Überlegungen zum Entwurf gleichlautender ‘Elements of Crimes’ für alle Tatbestände des Völkermordes”, en B. Schünemann et al. (eds), *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, 1415-1446, p. 1440-1441; L. Berster, “Entscheidungsanmerkung. Völkermord in Ruanda – zum Merkmal der Zerstörungsabsicht”, 11 *ZIS* (2016), 72-74, p. 72. Sobre la regulación de este punto en el contexto de la CPI ver “Discussion Paper proposed by the Coordinator, Article 6: The crime of genocide”, UN Doc. PCNICC/1999/WGEC/RT.1.

⁴⁷ K. Ambos, nota al pie 10, p. 27-38; *ibid.*, “What does ‘intent to destroy’ in genocide mean?”, 91 *International Review of the Red Cross (IRRC)* (2009), 833-858, p. 854-858; al respect ver también H. Uertz-Retzlaff, “Zwanzig Jahre in Den Haag. Erfahrungen einer Staatsanwältin”, 10 *ZIS* (2015), 532-536, p. 535; crítico al respecto C. Kreß, nota al pie 37, no. 83 (“abierto a interpretación”).

Caso Rwabukombe: interpretación del Tribunal Supremo Federal alemán de la (co)autoría

perpetrador.⁴⁸ Según el OLG, la preservación de la *posición de poder* (como “alcalde”) constituyó el *objetivo final del procesado*.

Aquí, el BGH se está moviendo en el terreno de la doctrina tradicional sobre el elemento volitivo del dolo. Desde 1961 el BGH estableció que la intención (o elemento volitivo del dolo) también incluye objetivos intermedios a no ser que éstos *no sean* deseados por el autor.⁴⁹ Este tribunal confirmó recientemente esta opinión.⁵⁰ Sin embargo, no parece del todo adecuado equiparar la consecución de un objetivo final por medio de la producción de un resultado u objetivo solamente intermedio (como en este caso) con la realización de ese objetivo intermedio. Esta ecuación puede ser convincente si el perpetrador persigue o se esfuerza en sentido volitivo por conseguir el objetivo intermedio necesario, es decir, si efectivamente lo desea.⁵¹ Empero, en la medida en que el perpetrador no quiera producir el resultado intermedio de manera explícita, no es posible afirmar que éste actúa “con intención” con relación a dicho resultado.

En este caso, a pesar de que el OLG consideró que el asesinato de los tutsi constituía un resultado necesario desde el punto de vista del procesado, no hizo ninguna consideración con relación al aspecto volitivo y, en particular, no determinó si el procesado deseaba o no dicho resultado (intermedio). El BGH

aceptó, de la misma manera, que el asesinato de los tutsi (resultado intermedio) constituía un medio necesario para que Rwabukombe preservara su posición de poder (objetivo final).⁵² El problema radica en que esto no necesariamente significa que el procesado tuvo la intención específica de destruir que exige el genocidio, ya que es posible que el resultado intermedio haya sido aceptado solamente en el sentido del *dolo eventual*.⁵³ De acuerdo con el principio *in dubio pro reo*, en caso de duda se debe aceptar esta última posibilidad.

6. Irrelevancia de los motivos

El tema de la relevancia de los motivos, el cual no fue tratado por el BGH, está estrechamente relacionado con la pregunta sobre el punto de referencia de la voluntad (*purposeful will*) de alcanzar un resultado específico. Si bien los objetivos intermedios pueden estar cubiertos por la intención (o dolo) con relación al objetivo final, por lo menos a través de la figura del dolo eventual, por regla general no ocurre lo mismo con los motivos que generan o justifican un acto concreto. Esto, debido a que mientras la intención se refiere a la pregunta de si el perpetrador actuó consciente o deliberadamente, los motivos proveen información sobre las razones específicas por las que se

⁴⁸ BGH, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 JZ (2016), 103, p. 105. Ver también S. Gless, nota al pie 15, no. 821; G. Werle y F. Jeßberger, nota al pie 22, p. 841.

⁴⁹ BGH, Sentencia del 23 de febrero de 1961 (4 StR 7/61), en BGHSt 16, 1-7, p. 6 (“Sin embargo, si [...] la ganancia patrimonial (en el contexto del art. 263 StGB) constituye un resultado deseado y previsto de su conducta fraudulenta y patrimonialmente dañosa, entonces su conducta también se explica en función de dicha ganancia”—orig. “Ist ihm aber ... der Vermögensvorteil (i.R.d. § 263 StGB) als sicher vorausgesehener und gewollter Erfolg seines täuschenden und vermögensschädigenden Verhaltens erwünscht, so kommt es ihm auch auf diesen Vorteil bei seinem Handeln an”).

⁵⁰ BGH, Sentencia del 11 de diciembre de 2014 (3 StR 265/14), en 34 Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (wistra) (2015), 311, p. 320 (“La obtención de una ganancia no debe haber sido la finalidad única, decisiva o preponderante, tampoco debe haber sido el objetivo perseguido en primera línea. Es suficiente cuando la ventaja o ganancia es perseguida por el autor al lado de otros objetivos o como un medio necesario para alcanzar otro objetivo subyacente”—orig. “Die Vorteilserlangung muss weder der einzige, der entscheidende, der überwiegende, noch der in erster Linie verfolgte Zweck gewesen sein. Es genügt vielmehr, wenn der Vorteil vom Täter neben anderen Zielen oder als notwendiges Mittel für einen dahinter liegenden Zweckerstrebt wird”).

⁵¹ Con relación al tipo penal de estafa en el art. 263 StGB, W. Perron, “§ 263”, en A. Schönke and H. Schröder (eds.), *Strafgesetzbuch* (29th ed., Munich: C.H. Beck, 2014), no. 169; también R. Rengier, *Strafrecht, Besonderer Teil I* (18th ed., Munich: C.H. Beck, 2016), § 13 no. 238: “también la búsqueda de objetivos intermedios necesarios [...] a los que se ha apuntado al mismo tiempo como una plataforma indispensable [...]” (orig. “ebenso das Streben nach notwendigen Zwischenzielen ..., die gleichsam als unentbehrliche Plattform anvisiert wurden...”); para una visión diferente ver K. Kühl, “§ 263”, en K. Lackner y K. Kühl (eds.), *Strafgesetzbuch* (28th ed., Munich: C.H. Beck, 2014), no. 58: “según la cual es suficiente cuando el autor busca una ventaja en cuanto medio para otro objetivo, pero no es suficiente cuando dicha ventaja solamente es un resultado necesario de la conducta o es deseado por el autor” (“wonach es genüge, wenn der Täter den Vorteil als Mittel für einen anderweitigen Zweck anstrebe, es jedoch nicht genüge, wenn der Vorteil nur notwendige oder sogar dem Täter erwünschte Folge des Verhaltens ist”).

⁵² BGH, Sentencia del 21 de mayo de 2015 (3 StR 575/14), en 71 JZ (2016), 103, p. 105 (“si la destrucción [...] representó para el acusado un medio necesario con el fin de alcanzar un objetivo subyacente —la preservación de su posición en el sistema estatal de Ruanda”, orig. “... ob die Zerstörung ... sich für den Angeklagten als notwendiges Mittel für einen dahinter liegenden Zweck — die Erhaltung seiner Stellung im staatlichen System Ruandas — darstellte”).

⁵³ Sobre esta forma de elemento subjetivo propia del *civil law* ver K. Ambos, *Treatise on ICL I*, nota al pie 26, p. 119, 276-8.

realizó una conducta (el “por qué”), pero no afectan el aspecto psicológico del acto.⁵⁴

Respecto a los elementos del crimen de genocidio, esto significa que el perpetrador debe actuar con la intención de destruir un grupo completamente o en parte, pero las razones (motivos) que tuvo para hacerlo, como por ejemplo sus creencias racistas,

son irrelevantes.⁵⁵ En consecuencia, en el caso de Rwabukombe, el objetivo (o razón) de preservar cierta posición o cierto grado de poder político no impide aceptar que éste actuó con la intención de destruir. Es lamentable que el BGH no haya analizado explícitamente este punto.

⁵⁴ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Sentencia del 3 de febrero de 2015 (2015/4), disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf> (última visita: 27 de junio de 2016), Separate Opinion Judge Bhandari, pará 49-50; K. Ambos, nota al pie 10, p. 40 con más referencias sobre la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*; P. Behrens, nota al pie 33, 923-935, p. 932-934; ver también A. Zahar and G. Sluiter, *International Criminal Law* (Oxford: University Press, 2007), p. 180; G.W. Mugwanya, *The Crime of Genocide in International Law* (London: Cameron May, 2007), p. 155-156.

⁵⁵ K. Ambos, nota al pie 10, p. 40; G.W. Mugwanya, nota al pie 53, p. 232; B. Lüders, nota al pie 10, p. 145; una visión alternativa ha sido propuesta por W. Schabas, nota al pie 42, p. 294-306; C. Kreß, nota al pie 37, no. 90; una visión diferente es dada en L. Berster, “Entscheidungsanmerkung. Völkermord in Ruanda – zum Merkmal der Zerstörungsabsicht”, 11 *ZIS* (2016), 72-74, p. 74.

Bien jurídico protegido por los delitos de blanqueo: blanqueo y receptación

Lyonel Fernando Calderón Tello

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Abogado

RESUMEN: En el presente trabajo se busca dilucidar cuál es el objeto jurídico protegido por los delitos de blanqueo de capitales de los arts. 298 y 301 del CP. Se parte del entendimiento de que el blanqueo y la receptación son dos tipos penales relacionados con una misma prohibición, pero con diferentes ámbitos de aplicación. A partir de aquí, se analizan las diferentes posiciones de la doctrina y se construye una opción personal encajándola en el texto de la Constitución española, afirmando que, el aspecto del orden socioeconómico que resulta afectado por el delito de blanqueo de capitales se concreta en la protección del tráfico lícito de bienes. En relación a la receptación, hemos afirmado que, la original concepción de la receptación y su creación legal en función de aquella ha desaparecido; al igual que el delito de blanqueo de capitales, la receptación, según la actual configuración de la sociedad, lo que persigue es evitar que se contamine el tráfico lícito de bienes en la economía con los efectos que surgen de la comisión de un delito patrimonial y contra el orden socioeconómico.

PALABRAS CLAVE: Bien jurídico, blanqueo de capitales, lavado de activos, receptación.

ABSTRACT: This paper seeks to clarify what is the legal object protected by the crimes of money laundering of the arts. 298 and 301 of the CP. We start from the understanding that laundering and receiving are two criminal types related to the same prohibition, but with different application areas. From here, the different positions of the doctrine are analyzed and a hypothesis is built which matches the text of the Spanish Constitution, claiming that the socioeconomic order is affected by the crime of money laundering specified in the protection of lawful traffic of goods. In relation to the receiving, we have stated that, the original conception of receiving and its legal creation in function of itself has disappeared, just like the crime of money laundering; nowadays the receiving, according to the current configuration of society, pursues the prevention of the contamination of lawful traffic of goods in the economy with the effects arising from committing a patrimonial crime and against the socioeconomic order.

KEY WORDS: Legal object protected, money laundering, asset laundering, receiving.

SUMARIO: 1. Punto de partida e introducción al estudio del bien jurídico: el blanqueo y la receptación como formas de una misma prohibición. 2. Tesis sobre la promoción y no criminalización de las conductas de blanqueo. 3. Ubicación sistemática. 4. El delito de blanqueo como un delito uniofensivo; 4.1. Postura del mantenimiento; 4.2. Postura del bien jurídico diferente. 5. El delito de blanqueo como un delito pluriofensivo; 5.1. Administración de justicia y el orden socioeconómico; 5.2. Teoría del mantenimiento y protección de otro bien jurídico: orden socioeconómico y administración de justicia. 6. Posición personal. 7. Resultados en relación a la receptación. 8. Bibliografía. 9. Legislación.

Bien jurídico protegido por los delitos de blanqueo: blanqueo y receptación

1. Punto de partida¹ e introducción al estudio del bien jurídico: el blanqueo y la receptación como formas de una misma prohibición

Las investigaciones sobre blanqueo de capitales asumen la autonomía entre estos delitos, sin embargo, no explican cuál es el concreto fundamento de tal diferenciación. El problema surge de la dependencia interpretativa respecto del delito de receptación en función de su (antigua) *ratio legis*. Por poner un ejemplo, se ha llegado a afirmar que, si bien es cierto que los delitos de receptación y blanqueo de capitales son delitos autónomos, también son tipos *caracterizados por ser comportamientos postdelictivos en infracciones ajenas, que constituyen actos específicos de encubrimiento lucrativo*.² De este modo, se constata en general que para definir los tipos de receptación y de blanqueo de capitales ya se ha realizado una previa definición genérica que condicionará toda la interpretación específica. Una definición genérica que en general resta autonomía a los tipos penales de receptación y de blanqueo de capitales, y que como veremos está estrechamente relacionada con la teoría del mantenimiento. Sin embargo, si partimos del texto de la ley, observamos que los tipos penales de los arts. 298 y 301 CP son conductas muy próximas y redactadas de manera muy parecida. De tal modo que se afirma que las conductas típicas se solapan y se sobreponen. Si nos atenemos al texto de la ley, a los delitos de los arts. 298 y 301 CP, los tipos básicos quedan contruidos así:

Art. 298: El que ayude (a los responsables del delito a aprovecharse), o reciba, adquiera u oculte los efectos del delito, con conocimiento de la comisión de un delito (contra el patrimonio o el orden socioeconómico) en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, con ánimo de lucro...

Art. 301: El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos...

Con exagerada obviedad tendríamos que afirmar que los textos punitivos de los arts. 298 y 301 CP son muy parecidos y que las conductas típicas se solapan (sobreponen); por tanto, se puede afirmar también que en uno como en otro tipo caben las conductas típicas que se imputan habitualmente por la doctrina y la jurisprudencia a ambos delitos.

Esto nos obliga a adoptar como punto de partida la idea de que la original concepción de la receptación y su creación legal en función de aquella ha desaparecido, la receptación es mucho más que evitar que el receptor se beneficie a sí mismo y a que el autor del delito consiga el beneficio que procuró cuando emprendió su actividad ilícita o incluso evitar una afectación mayor al bien jurídico protegido por el tipo penal previamente infringido.³ La tesis que se plantea aquí

¹ Las ideas y propuestas recogidas en este artículo, se exponen en detalle en mi investigación doctoral titulada: *El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y la receptación*, Facultad de Derecho, UCM, Madrid, 2016. Revisar especialmente los capítulos 4 y 5.

² Lamarca Pérez, C., Alonso de Escamilla, A., Gordillo Álvarez-Valdés, I., Mestre Delgado, E., Rodríguez Núñez, A.: *Derecho penal*, PE, edit. Colex, sexta ed., coord. Lamarca Pérez, C., Madrid, 2011, p. 412. Aquí se utiliza la palabra *ajena*, para referirse a las infracciones previas, expresión cierta, si se acepta que el delito de blanqueo de capitales no puede ser cometido por el autor del delito previo, lo cual ya no es discutible a partir de la reforma; para García Valdés, C.: *Derecho penal práctico*, PE, edit. Ramón Areces, Madrid, 1999, p. 297, el delito de receptación consiste en una *intervención posterior del sujeto activo en el delito cometido por otro...*, una definición que obviamente resta autonomía al delito posterior, de receptación, y que debe ser rechazada, porque un delito no puede ser definido como un acto posterior en delito ajeno, si se participa con un acto en el delito ajeno, a lo sumo se es partícipe y no autor de otro delito. O estamos ante un solo delito o nos encontramos ante dos delitos diferenciados y autónomos.

³ Ésta es la opinión mayoritaria de la Mata Barranco, N.: *Límites de la sanción en el delito de receptación: La receptación sustitutiva y la teoría del mantenimiento*, edit. Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, p. 25 y ss., Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal*, Parte Especial, edit. Tirant lo Blanch, décimo novena ed., Valencia, 2013, pp. 509-510, Suárez González, C.: «III. Receptación y blanqueo de capitales», en *Compendio de Derecho penal*, PE, vol. II, dir. Bajo Fernández, M., edit. Ramón Areces, Madrid, 1998, p. 558, que la razón de la incriminación del delito de receptación es doble: por un lado, a) porque favorece al autor de cualquier delito contra el patrimonio y el orden socioeconómico, al ayudarlo a que se beneficie de los efectos del delito en el cual ha intervenido -ya que el receptor le paga una cantidad al autor a cambio de ellos-, beneficiándose, al mismo tiempo, el propio receptor de los efectos del delito contra el patrimonio y el orden socioeconómico cometido por otro -ya que normalmente paga por ellos una cantidad menor de lo que valen-; por otra parte, b) la conducta del receptor afecta también al bien jurídico protegido ya lesionado por el delito precedente y agrava más aún la lesión a estos bienes jurídicos. Este doble fundamento, criminológico y jurídico, es el que se dice inspira la regulación legal. Los efectos receptados coadyuvan a mantener la situación antijurídica que el delito referenciado ha producido. La doctrina mayoritaria, opina lo mismo, Vives Antón, T., Orts Berenguer, E., Carbonell Mateu, J., González Cussac, J., Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho Penal*, Parte Especial, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 625, en cuanto al bien jurídico protegido por el delito de receptación, entienden que se trata de un delito contra

es que al igual que el delito de blanqueo de capitales, la receptación⁴ según la actual configuración de la sociedad lo que persigue es evitar que se contamine el tráfico lícito de bienes en la economía con los efectos que surgen de la comisión de un delito patrimonial y contra el orden socioeconómico.⁵ En este trabajo, en función de una interpretación teleológica fundamentaremos por qué esto es así. Lo haremos contestando a la pregunta de ¿cuál es el concreto objeto jurídico de protección o bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales?, y en la medida en que la tesis que se propone aquí es que las conductas del delito de receptación y las del delito de blanqueo de capitales se subsumen entre sí porque deben ser entendidas como formas típicas que prohíben el blanqueo de capitales (bienes, efectos) desde diversas estrategias en función del delito del que han procedido, entonces, al determinar el concreto ámbito de protección en el delito de blanqueo de capitales, encontraremos también el del delito de receptación. Eso es lo que a continuación haremos.

Una vez que hemos determinado que la prohibición a la que se refiere tanto el delito de receptación como el delito de blanqueo de capitales es la misma con diferentes ámbitos de aplicación, señalaremos también que lo que estos tipos penales protegen es lo mismo. A partir de esta premisa podemos afirmar que establecer el interés jurídicamente protegido es paso obligado en la interpretación de cada uno de los tipos

penales, porque sólo los actos adecuados a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico se considerarán incluidos dentro del injusto.⁶ Dilucidar cuál es el bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales constituye la tarea impuesta. La investigación y búsqueda de cuál es el fundamento para accionar el ejercicio del poder punitivo del Estado frente a esta clase de comportamientos constituye el objetivo planteado para lograr una interpretación teleológica de toda la estructura típica del delito de blanqueo de capitales (y del delito de receptación).

La doctrina al momento de ocuparse de este tipo penal hace notar que las referencias al mismo y su concreto tratamiento no se realizan en relación a un fenómeno nuevo.⁷ Esto es así en la medida en que se puede evidenciar que en todos los estadios de la evolución del hecho criminal los sujetos activos de los delitos han hecho uso de las ganancias obtenidas mediante las actividades ilícitas. Era pues necesario (dado el origen de los dineros o bienes obtenidos, los mismos que se explican como consecuencia de una actividad delictiva) su ocultamiento, por cuanto sospechaban que el descubrimiento de estos rendimientos por parte de las autoridades los llevaría primeramente a ser delatados⁸ y en segunda instancia, a la pérdida y menoscabo de los mismos. Lo que, en definitiva, desde una perspectiva criminológica (etiología) constituye la razón y motivación de la actividad delictiva: la obtención de algún rédito,

el patrimonio: el receptor actúa contra el patrimonio ajeno en la medida en que hace suyos, con ánimo de lucro, bienes de otras personas. En el mismo sentido se manifiesta la sentencia del TS de 25 marzo de 1996. Esta explicación hunde sus raíces en el entendimiento de que nos encontramos ante un delito de referencia, el delito previo es consumación, la receptación es agotamiento; así, Suárez González, C.: «III. Receptación y blanqueo de capitales...», *ob. cit.*, 1998, p. 558, quien refiere que por tratarse de un delito de referencia el bien jurídico lesionado es el mismo que se ha visto afectado en el delito previo (en general el patrimonio), sin descartar la afectación a la Administración de Justicia, lo que le otorga a la figura su carácter pluriofensivo; para otros, la cualidad de referencia no obsta su autonomía, y fundamentan que la receptación se explica porque protege el interés general en no favorecer la delincuencia patrimonial y socioeconómica, González Rus, J.: «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en *Derecho Penal Español*, PE, edit. Dykinson, segunda ed., coord. Cobo Del Rosal, M., Madrid, 2005, p. 619, porque posibilitar al autor la satisfacción del lucro que pretendía con la comisión del delito previo, constituye un factor criminógeno trascendental.

⁴ Sin problemas podría abandonarse la denominación de *delito de receptación* (aunque hay que reconocer que esta expresión es correcta, porque las conductas se pueden reconducir al verbo *receptar*), por la más apropiada por ser culturalmente más expresiva de *blanqueo de efectos (bienes) que surgen de la comisión de un delito patrimonial y contra el orden socioeconómico*.

⁵ Otra de las diferenciaciones que se podría realizar, respecto de los tipos penales de receptación y blanqueo de capitales, estaría en función del objeto material. Así, en el delito de receptación, el art. 298 hace referencia expresa a los *efectos* del delito, y en el art. 301 se hace referencia a los *bienes* originados en una actividad delictiva. Sin embargo, la doctrina entiende que los *efectos* del delito están referidos a los *bienes* que se receptan del delito previo, con lo cual la confusión está al orden del día, revisar esta asimilación en Santana Vega, D.: «IX. Encubrimiento. Diferencias con receptación y blanqueo», en *Derecho penal*, PE, t. I., edit. Tirant lo Blanch, dir. Corcoy Bidasolo, M., Valencia, 2011, p. 813.

⁶ Gómez Pavón, P.: «El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento», en *CDJ*, Madrid, 1994, p. 191, también, Vives Antón, T.: *Fundamentos del Sistema penal*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 484; Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal...*, *ob. cit.*, p. 509.

⁷ Aliaga Méndez, J.: «Aspectos institucionales del blanqueo en España: fuentes de información», en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Estudios de Derecho Judicial, dir. Zaragoza Aguado J., núm. 28, Madrid, 2000, p. 38.

⁸ Álvarez Pastor, D., Eguidazu Palacios, F.: *Prevención del Blanqueo de Capitales*, edit. Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 21.

Bien jurídico protegido por los delitos de blanqueo: blanqueo y receptación

renta, beneficio, ganancia, provecho o lucro por vía ajena al derecho.

Desde una perspectiva sociológica es importante ubicar este delito como una actividad (preponderantemente negativa) que permite caracterizar los tiempos en los que vivimos. En este sentido, la estructura de la sociedad y la globalización como fenómeno económico en el que se desarrollan todas las actividades de las personas físicas y/o jurídicas, han producido también este tipo de actividades delictivas, o si se prefiere, han dotado de unas circunstancias que hacen posible su aparición. La finalidad de este apartado no se corresponde con encontrar cuáles son las razones por las que a partir de la segunda mitad del siglo pasado este sector del mundo del delito y componente (a su vez) de la realidad social y económica fue modificándose hasta adquirir los caracteres actuales. Directamente partiremos de la idea que explica que las acciones y planes de los organismos internacionales y de los gobiernos, implantadas para repeler este tipo de conductas, surgieron a raíz del fenómeno social y económico denominado tráfico o comercio ilícito de drogas, sustancias estupefacientes y/o psicotrópicas (cabe mencionar que en sus inicios esta actividad no era un ilícito porque no se conocía de la misma ni de sus repercusiones) y sus impresionantes consecuencias y efectos en la estructura de la sociedad y en la economía. Consecuencias que se verifican a través de la acumulación de capitales de origen ilícito en cantidad suficiente como para influir en las variables económicas de un país.

La lucha contra la criminalidad se identificaba con la persecución y represión de los delitos previos practicados, evidentemente delitos con una gran capacidad de generar ingresos, sin que se evidencie una real (en el sentido de seria) preocupación por las consecuencias de la circulación en la economía de las ganancias del delito. Es importante señalar que la acción de las organizaciones criminales no se vislumbraba en el espectro supranacional. Así como que en materia de perseguibilidad procesal, el cometimiento de tales ilícitos se podía investigar y procesar tan sólo en la circunscripción territorial donde se lo cometió. Hoy la situación es otra y so-

mos testigos por un lado, de la presencia de verdaderas multinacionales del crimen,⁹ por otro, del surgimiento de organizaciones criminales que no sólo participan en actividades ilícitas sino que los ilícitos se cometen a partir de actividades empresariales plenamente adecuadas social y normativamente; y por último, la constatación de que en situaciones plenamente normativizadas o legítimas, una persona física y/o jurídica por dolo, pero especialmente por imprudencia grave, puede también adecuar su comportamiento al tipo penal de blanqueo de capitales.

Indiferentemente de todas estas cuestiones lo cierto es que el adecuado entendimiento del delito de blanqueo de capitales presenta una relevancia práctica incuestionable, que depende de la averiguación del bien jurídico protegido por el art. 301 CP. El problema con el que nos encontramos al momento de ubicar cuál es el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales es que su delimitación se encuentra en ciernes. Es decir que pasa por ser una cuestión discutida en el ámbito de la ciencia penal europea, en el que se refleja la incertidumbre sobre el bien jurídico protegido.¹⁰ En este sentido, la evolución de la discusión del bien jurídico del art. 301 CP está relacionada con lo que previamente hemos detallado: con la persecución de los delitos previos y lo que en ellos se protege, con la instrumentalización del delito de blanqueo como límite para la acción de las organizaciones criminales y, finalmente, como delito con un ámbito de protección propio sin descartar que mediatemente se coadyuve a la protección de otros intereses. Ante este panorama es importante que se construya adecuadamente la propuesta, porque de lo que concluyamos depende la argumentación de muchas soluciones. A continuación, daremos inicio a la averiguación del concreto objeto jurídico de protección en el delito que nos encontramos estudiando, revisando primeramente las posturas que deslegitiman su tipificación.

2. Tesis sobre la promoción y no criminalización de las conductas de blanqueo

Antes de comenzar con el análisis del bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales y las discusiones doctrinales que esta tarea ha implicado,

⁹ Blanco Lozano, C.: «El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas en el ordenamiento penal español», en *Comentarios a la legislación penal*, t. XVII, dir. Cobo Del Rosal, M., coord. Bajo Fernández, M., edit. Edersa, Madrid, 1996, p. 58.

¹⁰ Abel Souto, M.: *El delito de blanqueo en el Código penal español*, edit. Bosch, Barcelona, 2005, p. 22.

es importante evidenciar que ciertos autores sostienen que no se encuentra justificada la tipificación del delito de blanqueo de capitales¹¹ y al contrario de su sanción penal, los poderes públicos deberían promover e incitar las conductas de blanquear el dinero. Esta conclusión está enlazada al entendimiento del blanqueo de capitales como una incorporación al ámbito de la legalidad del dinero sustraído del control fiscal, porque se trata de dinero que debería estar gravado y generando ingresos al erario público. Es decir que se estimaba positivo desde el punto de vista jurídico económico que se blanquee dinero puesto que al introducirse los capitales en los mercados financieros van a ser susceptibles de controles estatales y en consecuencia sometidos a obligaciones impositivas, que en definitiva permitirían el incremento de los ingresos del Estado.¹² En este sentido, esta actividad no es susceptible de valoración negativa alguna y por lo tanto penalmente irrelevante.¹³ No sólo esto, sino que además como se la considera una actividad inocua y apetecida debe ser promovida.¹⁴ Para Bajo Fernández las actividades de blanqueo no deben ser obstaculizadas o impedidas, sino conducidas. Esto, porque la misma no entraña una valoración negativa, a pesar de reconocer este autor que esta actividad tiene una enorme utilidad probatoria respecto de los delitos previos origen de los bienes ilícitos. El hecho de sacarlos a la luz podría considerarse como una especie de arrepen-

timiento.¹⁵ Suárez González entiende que no sólo no existe valoración negativa alguna, sino que sobre esta actividad recae una valoración positiva, en la medida que, mediante el blanqueo de bienes, el dinero pasa a ser controlado y sujeto a las mismas obligaciones tributarias que pesan sobre los bienes de origen lícito.¹⁶

A este respecto cabe mencionar que en la década de los ochenta del siglo pasado el Ministerio de Hacienda ideó una fórmula para la captación del dinero ilegítimo, lo que se correspondía con un blanqueo colectivo de capitales. Se lo realizaba a través de la utilización del activo financiero denominado “*Pagarés del Tesoro*”, un instrumento financiero que tuvo una vida útil cercana a una década. Por esta vía se permitía y se facilitaba el lavado de dinero porque no se exigía a las entidades financieras comunicar quién era la persona (natural o jurídica) titular del mencionado instrumento financiero.¹⁷ Hoy la idea de un espacio de juridicidad temporal de lo prohibido por la ley penal no parece tan descabellada y poco sugerente,¹⁸ al constatar que en España ha regido la regulación del *Real Decreto-ley 12/2012 de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público*.¹⁹ Este Real Decreto-ley, según el cual, en la *Disposición adicional primera sobre la Declaración tributaria especial*, se permite dotar de licitud los bienes de origen delictivo (o por lo menos de origen dudoso) a través

¹¹ Bajo Fernández, M., Bacigalupo Seggese, S.: *Derecho penal económico*, edit. Ramón Areces, segunda ed., Madrid, 2010, p. 678, proponen que el Estado promueva las acciones de blanqueo de dinero porque se considera que éstas son benéficas. Esta idea o las posturas de los autores que a continuación se revisarán, no deben ser entendidas, al menos a mi juicio, en el sentido de que estos autores realizan una apología del delito de blanqueo de capitales, sino precisamente que es preferible a su persecución, el afloramiento de los capitales ilícitamente obtenidos, en el sentido de lograr que estos capitales o bienes que no están sujetos a obligaciones tributarias, salgan a la luz y así sean susceptibles de ser gravados.

¹² Suárez González, C.: «Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española», en *CPC*, núm. 58, 1996, p. 142.

¹³ Bajo Fernández, M.: «Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales económicos», en *Homenaje a Juan del Rosal, Política criminal y reforma penal*, edit. Edersa, Madrid, 1993, p. 147.

¹⁴ Cobo del Rosal, M., Zabala López-Gómez, C.: *Blanqueo de Capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios*, edit. CESEJ, 2005, pp. 93-94, quienes no encuentran bien jurídico alguno en esta conducta y por eso afirman: “...nos negamos a admitir un delito que no tiene un concreto bien jurídico protegido”.

¹⁵ Bajo Fernández, M.: «Derecho Penal Económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales», en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*, Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Universidad Autónoma de Madrid del 14 al 17 de octubre de 1992, publicado en el Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 74.

¹⁶ Suárez González, C.: «Blanqueo de capitales...», *ob. cit.*, p. 142.

¹⁷ Bajo Fernández, M.: «El desatinado delito de blanqueo de capitales», en *Política criminal y blanqueo de capitales*, editores: Bajo Fernández, M., Bacigalupo Seggese, S., edit. Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 13.

¹⁸ No realizaremos un estudio pormenorizado de la cuestión y sus críticas, sino que la finalidad está en mostrar que en determinados momentos la sociedad, por medio de sus representantes (no sabemos si esto es enteramente legítimo, pero por lo menos seriamente nadie lo ha puesto en duda) permite espacios de juridicidad a aquello que en el discurso normativo vigente y tradicional se considera prohibido. Cuestión que pone de relieve que la verdadera naturaleza de las normas es una cuestión discutible, porque no sabemos si se las debe entender desde el racionalismo superior (antes iusnaturalista ahora constitucional) o desde el imperativismo (voluntarismo positivista).

¹⁹ Boletín Oficial del Estado, Número 78, del sábado 31 de marzo de 2012, Sección I, p. 26874.

Bien jurídico protegido por los delitos de blanqueo: blanqueo y recepción

de una fórmula de la regularización fiscal que además supone y permite la impunidad de las conductas típicas del delito fiscal. En relación a la postura que plantea la atipicidad del blanqueo, lo importante es que el pago realizado *determinará la no exigibilidad de sanciones, intereses ni recargos*.²⁰ Es decir que mediante esta norma se permitió: a) el establecimiento de un período transitorio de inmunidad o juridicidad del lavado de activos y del delito fiscal; y, b) la configuración de una amnistía general.²¹ En definitiva, nos encontramos ante una norma que preceptúa, por un lado, un período transitorio de juridicidad de dos tipos penales claramente diferenciados y particularmente lesivos para el Estado de Derecho español y por otro, un procedimiento de amnistía en su modalidad generalizadora cuestión muy discutible.²² Por otro lado, las objeciones no se reducen a estas cuestiones, sino que se puede afirmar que además la medida resultó bastante ineficaz, porque la amnistía fiscal fue un hecho que logró recaudar cerca de 1.200 millones de euros sobre una base de 40.000 millones.²³ Con lo que la crítica no sólo se extiende a los presupuestos sino también a sus resultados puesto que con la medida se

esperaba recaudar 2.500 millones calculando sobre el 10% de los dineros sustraídos del control fiscal y el resultado fue del 3%. En definitiva, se trató de una medida injusta, inequitativa e ineficaz.

Por nuestra parte manifestamos que rechazamos de plano las posturas que plantean la no vulneración del orden económico mediante las conductas de blanqueo de capitales. Estas posturas hoy no tienen sustento político-criminal posible sino todo lo contrario, la juridificación actual de la sociedad ha respondido a las exigencias de un modelo político-económico en el que las reglas de la libertad política-económica de las que se derivan la libertad de empresa, la economía de mercado y la garantía de la incolumidad del tráfico, entre otras, garantizan que los sujetos económicos actúen con la conciencia cierta de que todos los demás están obligados a respetar esas reglas que ellos cumplen, de este modo se protege de manera negativa el respeto a la norma económica. Sin olvidarnos que el orden socioeconómico requiere que los beneficios macroeconómicos (que se reflejan en la observación de las diferentes fluctuaciones de las variables microeconómicas) reciban una orientación

²⁰ Se puede leer en el número 1 “*que los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Impuesto sobre Sociedades o Impuesto sobre la Renta de no Residentes que sean titulares de bienes o derechos que no se correspondan con las rentas declaradas en dichos impuestos, podrán presentar la declaración prevista en esta disposición con el objeto de regularizar su situación tributaria, siempre que hubieran sido titulares de tales bienes o derechos con anterioridad a la finalización del último período impositivo cuyo plazo de declaración hubiera finalizado antes de la entrada en vigor de esta disposición*”. Podemos comentar que la regularización tributaria a la que se refiere este número tiene como finalidad legitimar los bienes no incluidos en las declaraciones sobre impuestos del inmediato anterior ejercicio fiscal, porque al presentar la declaración de conformidad con el número 2, deberán *ingresar la cuantía resultante de aplicar al importe o valor de adquisición de los bienes o derechos el 10 por ciento*.

²¹ La norma tuvo vigencia desde su aprobación y de conformidad con lo establecido en el número 5, hasta el 30 de noviembre de 2012. Es importante expresar y aclarar que, en los supuestos de notificación, según lo determinado en el número 4, por (parte de) la Administración Tributaria (para) la iniciación de procedimientos de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias, no se podrán ejercer los derechos que se consignan en esta norma.

²² Respecto de esta última cuestión debemos señalar que el derecho de gracia puede adoptar dos modalidades: el indulto y la amnistía. La Ley Reguladora del Ejercicio de la Gracia de Indulto fue publicada el 18 de junio de 1870 y su última modificación se realizó mediante la Ley 1/1988 de 14 de enero. En líneas generales el indulto exige: a) que el reo haya sido condenado por sentencia firme; y, b) que el Gobierno mediante Real Decreto resuelva la concesión o no del mismo, previos informes no vinculantes del tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal. El indulto puede ser particular o general: el particular se refiere a un reo concreto y el general abarca a una pluralidad de sujetos. Desde la entrada en vigor de la CE de 1978 sólo se admite el indulto y en su modalidad particular. La amnistía desapareció del derecho español. Sobre la cuestión, revisar Requejo Pagés, J.: «Amnistía e Indulto en el Constitucionalismo Histórico Español», en *Revista de Historia Constitucional*, núm. 2, 2001, p. 81-84. Por esta razón, como afirma Gimbernat Ordeig, E.: «¿Regularización o amnistía fiscal?», en *Otras Voces*, Tribuna, Política, Económica, Diario El mundo, 18 de abril de 2012, como en líneas generales podemos afirmar que para la doctrina la amnistía es inconstitucional, y aún en el supuesto no consentido de afirmarse su adecuación a la normativa constitucional, que no es el caso, la concreta exoneración de pena del Real Decreto Legislativo 12/2012 seguiría siendo inconstitucional, ya que aquélla constituye, no una amnistía particular, sino una general, en cuanto que olvida la comisión de un delito fiscal y de un delito de lavado de activos o blanqueo de capitales no respecto de un delincuente individual, sino respecto de una pluralidad de delincuentes, siempre que se cumpla con el requisito temporal de presentación de la declaración. En este sentido, si los indultos generales están prohibidos por la CE, qué decir de la amnistía general, una medida graciosamente privilegiada respecto de aquella. Desde esta interpretación, es innegable que tanto el defraudador como el blanqueador de capitales podrían ser castigados y sancionados jurídico-penalmente. Esto siempre y cuando el juez de la causa concreta, en ejercicio de las facultades que la propia normativa constitucional y legal le ofrece, decida plantear una cuestión de inconstitucionalidad en relación con la aplicación de la exoneración penal alegando los excesos en los que la función legislativa ha recaído. Esto penderá de todas maneras de que el TC la admita, le dé trámite y conceda el recurso.

²³ Bolaños, A.: «Hacienda recauda 1.200 millones gracias a la amnistía fiscal, la mitad del objetivo», en *El País*, 3 de diciembre de 2012; en el mismo sentido, Navas, J.: «La amnistía afloró 40.000 millones, pero Hacienda recaudó sólo el 3%», en *El Mundo*, 23 de enero de 2013.

de justicia social.²⁴ Lo que significa que la economía no es sólo crecimiento económico en función de una mayor producción, sino que la mayor producción debe realizarse en el marco de lo jurídicamente correcto, de las actividades lícitas generadoras de riqueza lícita y no en actividades delictivas. Finalmente, no podemos perder de vista que estas posturas no reflejan que en su discurso y estructura dejan de lado, sin observar y sin analizar muchos aspectos de la realidad referente al blanqueo de capitales y sus repercusiones (negativas) en la vida política, social y económica de un Estado. Son posturas miopes. Por lo demás, afirmamos que en España la doctrina mayoritaria (con razón) afirma la necesidad político criminal de tipificar el delito de blanqueo de capitales.²⁵

3. Ubicación sistemática

Para la determinación del bien jurídico de un tipo penal es necesario averiguar cuál es su naturaleza. En este sentido, los bienes jurídicos se clasifican en: a) bienes jurídicos de naturaleza individual, por ejemplo: aquellos que protegen el derecho a la vida, el derecho a la libertad, el patrimonio, la integridad sexual, etc.; y, b) bienes jurídicos de naturaleza colectiva, supraindividuales o sociales, por ejemplo: aquellos que protegen la circulación, la salud pública, el orden socio económico, la naturaleza, etc.²⁶ Los bienes jurídicos colectivos poseen una caracterización en relación con las atribuciones que poseen. Estas atribuciones se refieren a la titularidad del bien jurídico, los intereses que protegen, los sujetos pasivos y la acción ofensiva. Para reconocer si nos encontramos ante la protección penal de un bien jurídico colectivo se deberá encontrar cada uno de estos caracteres y explicarlos.²⁷ La cuestión será ubicar en la sistemática del CP y en la de la CE cuál es el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo y determinar a qué clase de bien jurídico nos estamos refiriendo. En primer término, la ubicación de un ilícito dentro del CP expresa la voluntad del legislador de

considerar este tipo de conductas como especialmente relevantes para la ley penal. En segundo término, cuando los tipos penales son de carácter económico y se ubican en el sitio correcto, se fortalece la configuración de una moderna PG que incluya también las particularidades del Derecho penal económico.²⁸

El delito de blanqueo de capitales se ubicaba en la anterior codificación a partir de la Ley Orgánica 1/1988 de 24 de marzo, en forma desestructurada y sistemáticamente dentro de capítulos diversos, lo que originaba dificultades al momento de levantar una lógica interpretativa. Lo encontrábamos en el art. 546 bis f) en el *Capítulo VII, Del encubrimiento con ánimo de lucro y de la receptación*, y por otra parte en el art. 344 bis h) en el *Capítulo II, De los delitos de riesgo en general, sección segunda en los Delitos contra la salud pública y el medio ambiente*.²⁹ Lo cierto es que su técnica y ubicación dentro del texto punitivo no dejaba de suscitar críticas.³⁰ Inicialmente apareció tipificado como una modalidad de receptación y en función de las teorías que explican cuál es el bien jurídico del art. 298 CP, se sostuvo que el bien jurídico protegido era de orden patrimonial o que se encontraba identificado con el bien jurídico protegido por el delito previo o de referencia y en este sentido, cabía la afirmación de que el bien jurídico protegido era la salud pública.³¹ La doctrina y la práctica jurisprudencial pusieron de manifiesto la incapacidad de los tipos penales tradicionales para encajar los comportamientos punibles del actual art. 301 CP. Porque la concepción tradicional del delito de receptación y la de los delitos contra el tráfico de drogas son insuficientes a la hora de dar una respuesta objetiva a la problemática del delito de blanqueo de capitales (especialmente respecto de la modalidad dolosa). La razón que justifica este argumento está en la estructura de tipo empresarial y división ordenada del trabajo con la que operan estas organizaciones criminales y, las mejores estrategias organizativas que incluyen la contratación de personas altamente cualificadas que hacen difícil la

²⁴ Abel Souto, M.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., p. 25.

²⁵ Bacigalupo Zapater, E.: «Estudio comparativo del Derecho penal de los Estados miembros de la UE sobre la represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido», en *Curso de Derecho Penal Económico*, dir. Bacigalupo Zapater, E., edit. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, p. 197.

²⁶ Tiedemann, K.: *Poder económico y delito*, edit. Ariel, Barcelona, 1985, p. 11.

²⁷ Santana Vega, D.: *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, edit. Dykinson, Madrid, 2000, p. 97.

²⁸ Tiedemann, K.: *Lecciones de Derecho Penal Económico*, edit. PPU, Barcelona, 1993, p. 234.

²⁹ Gómez Iniesta, D.: *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, edit. Cedecs, Barcelona 1996, p. 30.

³⁰ Gómez Pavón, P.: «El bien jurídico protegido...», ob. cit., p. 210.

³¹ Del Carpio Delgado, J.: *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 32-34.

Bien jurídico protegido por los delitos de blanqueo: blanqueo y receptación

respuesta tradicional. Esto sin contar que dadas las ingentes cantidades de dinero ilícito en su poder logran corromper todo tipo de estructuras de seguridad organizadas para repeler su acción. El poderío económico de las organizaciones criminales hace posible corromper las instituciones más sólidas del Estado logrando evadir con facilidad la persecución penal.³²

La relevancia de las conductas del delito de blanqueo de capitales (por el contexto en el que se desarrollan) se observan especialmente en los efectos negativos y los ataques que producen sobre el normal funcionamiento del sistema financiero y bancario, en el mercado bursátil, en la libre competencia, en las transferencias comerciales, en el control de cambios, en la libre circulación de capitales, en las recaudaciones fiscales y en general en el orden económico no sólo de un país, sino además de una comunidad internacional como la Unión Europea.³³ La globalización como sistema en el que se desarrollan las actividades y relaciones económicas y sociales de los integrantes de una sociedad, ha traído consigo aparejada la realidad de ataques ya no en términos individuales solamente, sino que además se verifica el ataque y la destrucción de intereses colectivos.³⁴ Esto especialmente mediante la acción de las personas físicas y/o jurídicas (principalmente en el ámbito del blanqueo de capitales por imprudencia grave) vinculadas al ámbito societario, y de las organizaciones criminales que en gran medida actúan bajo la tapadera de las sociedades mercantiles.

Es de especial interés el hecho de que en Italia en el año de 1993 la *Comisión Parlamentaria Antimafia* aprobó un documento que contenía las indicaciones para lograr plasmar en la realidad (por lo menos a nivel jurídico) una economía libre del crimen. En este documento se concluye que el crimen organi-

zado limita seriamente las funciones económicas de inversión, de trabajo y de consumo, lo que permite observar que el blanqueo ocasiona alteraciones en los mercados de bienes y servicios, financiero y de trabajo, y que además repercutía en la producción nacional y en el nivel de ingresos impidiendo el adecuado control gubernamental sobre el bienestar y desarrollo socio-económico.³⁵ El blanqueo de capitales vendría a constituir el medio del que se sirve el crimen organizado para aprovechar las ventajas económicas que genera el delito. Es un comportamiento que incide sobre el orden socioeconómico, “*una epidemia mortal y altamente contagiosa*”.³⁶ De esta manera entendemos por qué el legislador español ha colocado sistemáticamente este delito dentro del *Título XIII del Código Penal, Delitos contra el Patrimonio y contra el Orden Socioeconómico*. El precedente inmediato de este tipo penal lo encontramos en el artículo 309 del Proyecto de Código Penal de 1992, en cuyo Preámbulo se afirmaba que este delito es uno de los que genuinamente agrade al orden socio-económico.³⁷ Porque detrás de la creación de este tipo penal subyace la realidad de que las organizaciones criminales se sirven de la estructura financiera, bancaria y comercial para operar y normalizar los beneficios económicos obtenidos a través de la comisión de delitos, especialmente a través del tráfico ilegal de sustancias estupefacientes y/o psicotrópicas.³⁸

Con la codificación de 1995 se logra un tratamiento más adecuado y unitario de estas conductas. La regulación de estos comportamientos se encuentra por el momento dentro de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Surgen con esta codificación dos características nuevas para las conductas de blanqueo de capitales: a) es un delito que está constituido como una figura delictiva independiente del

³² Muñoz Conde, F., Aunión Acosta, B.: «Drogas y Derecho Penal», en *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 5, 1991, p.152.

³³ Del Carpio Delgado, J.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., p. 30.

³⁴ Tiedemann, K.: *El concepto de Derecho Económico, de Derecho Penal Económico y de delito económico*, en CPC, núm. 28, Barcelona, 1986, p. 65-74; STIGLITZ, J.: *El malestar en la globalización*, edit. Taurus, Bogotá, 2002, p. 29-52. Este autor, ganador del premio Nobel en Economía, sostiene que la globalización en sí misma no es ni buena ni mala, eso dependerá de quién la dirija y la controle: la globalización puede provocar graves daños o traer grandes beneficios. Pero, ¿qué es la globalización? *Consiste, básicamente, en la integración más estrecha de los países y pueblos del mundo, provocada por la reducción de los costos del transporte y la comunicación, y el desmantelamiento de barreras artificiales a los flujos de bienes, servicios, tecnología, conocimientos -en menor grado-, y personas a través de las fronteras.* El proceso de globalización fue impulsado por corporaciones internacionales, principalmente, en la esfera económica, por tres de ellas: el FMI, la OMC y el BM.

³⁵ Palma Herrera, J.: *Los delitos de blanqueo de capitales*, edit. Edersa, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999, p. 237.

³⁶ Palma Herrera, J.: *Los delitos de blanqueo...*, ob. cit., p. 238.

³⁷ Blanco Cordero, I.: *El delito de blanqueo de capitales*, edit. Aranzadi, tercera edición, 2012, pp. 170-171.

³⁸ Gómez Iniesta, D.: *El Delito de blanqueo...*, ob. cit., p. 29.

delito de encubrimiento y; b) es una conducta típica que no se vincula exclusivamente ni al delito de narcotráfico ni con el delito de terrorismo, ni a conductas típicas que motivaron su creación, ni con los delitos graves a los que hacía referencia su anterior tipificación, sino con toda clase de delitos,³⁹ exceptuando los referidos al ámbito de aplicación del delito de receptación. En relación con esta nueva configuración la discusión sobre el bien jurídico protegido estriba ahora en decidir si se trata de un delito contra el patrimonio o contra la salud pública o contra la administración de justicia o contra el orden socio-económico (en un sentido no sólo meramente patrimonial) o en una combinación de aquellos. Sin embargo, hay autores que niegan que haya necesidad de protección que justifique la presencia de este delito en el catálogo de disposiciones penales, puesto que consideran que no existe razón para castigar una acción que simplemente mantiene la lesión al bien jurídico del delito previo, pero sin agravarla⁴⁰ o porque defienden que una simple modificación de los delitos de receptación y encubrimiento hubiera bastado para satisfacer las mismas necesidades de protección que cumple hoy el tipo penal de blanqueo de capitales.⁴¹ Indiferentemente, el CP español regula el delito de blanqueo de capitales en el artículo 301 ubicado sistemáticamente en el *Capítulo XIV, De la receptación y el blanqueo de capitales*,⁴² *Título XIII, Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*.

En la determinación del bien jurídico que protege este tipo penal existen dos formas de abordaje a las cuales trataremos de aproximarnos a fin de esclarecer el tema. La primera compuesta de dos posturas muy diferenciadas, las ideas que rigen una y otra postura se encuentran identificadas en torno al enlace o no con el delito previo y podemos sistematizarlas del siguiente modo: a) el delito de blanqueo de capitales mantiene la lesión causada por el delito previo (teoría del mantenimiento); y, b) el delito de blanqueo de

capitales lesiona un bien jurídico diferente del delito anterior.⁴³ Estas dos formas de explicar el problema de la determinación del bien jurídico en el delito de blanqueo de capitales se podrían agrupar en torno a la postura del delito de blanqueo de capitales como un delito uniofensivo. A lo largo de este apartado trataremos de abordar y exponer de una manera aproximativa las posiciones doctrinales que tienen en común defender que el bien jurídico que justifica la intervención del Derecho penal para incriminar las conductas de blanqueo de dinero es único y no múltiple. Esto aún a pesar de que se acepte que eventual o incidentalmente el delito de blanqueo de capitales pueda poner en peligro o lesionar otros intereses y objetos de protección que merezcan a su vez la tutela del Derecho penal. Este criterio puede ser colocado frente a la postura del delito de blanqueo de capitales como un delito pluriofensivo. En esta parte de la investigación intentaremos abordar y exponer de una manera aproximativa las posiciones doctrinales que sostienen que ante la inexistencia de un único bien jurídico como objeto de protección en las conductas del tipo penal de blanqueo de capitales, se plantean diversas combinaciones de bienes jurídicos protegidos⁴⁴ lesionados o situados en peligro, identificables al resultado como consecuencia de la puesta en escena de las conductas de blanqueo y por lo tanto reconocibles como objetos jurídicos de protección en el tipo penal que nos ocupa.

4. El delito de blanqueo como un delito uniofensivo

Las posiciones doctrinales que a continuación se expondrán tienen como factor común el de explicar el bien jurídico protegido en el delito que se analiza como único y no múltiple. Es decir, como uno que excluye la cualidad de equivalencia en el nivel de protección con otros intereses o bienes jurídicos, cuya relevancia implica su defensa y favor por parte del Derecho

³⁹ Bajo Fernández M.: «El desatinado delito de...», *ob. cit.*, p. 11.

⁴⁰ Aránguez Sánchez, C.: *El Delito de Blanqueo de Capitales*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 77.

⁴¹ Ruíz Vadillo, E.: «El blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1641, 1992, p. 108. Esta posición es interesante, porque corrobora la misma naturaleza que comparten los delitos de blanqueo de capitales y de receptación, el problema es que a *contrario sensu*, el punto de partida no es el delito de receptación sino el delito de blanqueo de capitales.

⁴² Rúbrica del Capítulo XIV, del Título XIII, del Libro II redactada por el apartado septuagésimo séptimo del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, B.O.E. de 23 junio en *vigencia a partir del 23 diciembre de 2010*. Antes el epígrafe decía "De la receptación y conductas afines".

⁴³ Palma Herrera, J.: *Los delitos de blanqueo...*, *ob. cit.*, p. 239.

⁴⁴ Aránguez Sánchez, C.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, pp. 78-94.

Bien jurídico protegido por los delitos de blanqueo: blanqueo y receptación

penal. Si bien no se niega que existan otros bienes u otros intereses afectados por esta conducta delictiva lo cierto es que según estas posturas el bien jurídico que se protege es uno sólo. Esta afirmación se entiende ya sea en la identificación del bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales con el bien jurídico protegido por el delito previo, o ya sea que se trate de un bien jurídico diferente y propio de esta conducta que difiere materialmente del bien jurídico protegido en el delito anterior. Empezaremos la exposición por la explicación de la teoría del mantenimiento. Entender aquella, pero sobre todo justificar sus críticas y las razones de su inviabilidad dogmática, es de trascendental importancia en la medida que todavía sirve de sustento para explicar el delito de receptación, y de este modo condiciona la interpretación de un tipo penal que en su estructura en nada difiere del delito de blanqueo de capitales. El abandono de la teoría del mantenimiento es fundamental para lograr un entendimiento moderno del delito de receptación como delito de blanqueo de bienes (efectos) con un ámbito de aplicación diferenciado respecto del delito de blanqueo de capitales a pesar de constituir una misma prohibición encaminada a proteger un mismo objeto jurídico.

4.1. Postura del mantenimiento

Esta postura implica que la conducta típica en el delito de blanqueo de capitales (y/o receptación) mantiene o incrementa la lesión o puesta en peligro del bien jurídico afectado en el delito primigenio o precedente, delito a través del cual se explica la procedencia u origen de los bienes (efectos). Esta idea surge al

enlazar y asimilar el criterio o forma de interpretación que se utiliza en la doctrina tradicional para ubicar cuál es el bien jurídico protegido en el delito de receptación.⁴⁵ Esta tesis es actualmente poco sostenible, tanto en el delito de receptación como en el delito de blanqueo de capitales, si observamos de qué delitos pueden proceder los bienes que son el objeto material de la conducta descrita en el art. 301 CP. Por ejemplo, en el caso de la salud pública como bien protegido en el tráfico de drogas, nadie duda que efectivamente el comercio ilegal de sustancias estupefacientes y psicotrópicas constituya un acto que pone en peligro la salud pública. Pero afirmar bajo el sostén de la teoría del mantenimiento que éste bien jurídico denominado salud pública sea el mismo que trata de proteger el delito de blanqueo de capitales no se corresponde con la realidad. En las líneas posteriores demostraremos esta afirmación.

Es importante señalar y clarificar que el blanqueo de capitales constituye por sí mismo un verdadero factor criminógeno que alienta el tráfico de drogas y todas las ilícitas actividades que se despliegan alrededor de aquél (lo mismo habría que predicar respecto del delito de receptación). Esto permite explicar el porqué de la acción represiva (y exagerada) en muchos casos de las agencias de criminalización secundaria,⁴⁶ que funcionalmente están llamadas a luchar en su contra. Hay que ser críticos con el solapamiento de los principios y garantías constitucionales que implica en muchos casos la acción de estas agencias de criminalización. Con esta advertencia, expresamos que no tiene otro remedio el Estado que activar el sistema punitivo para cercar el paso del

⁴⁵ Véase, por ejemplo, Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal...*, ob. cit., PE, pp. 549-550. Tanto el delito de receptación como el de blanqueo de capitales tienen un origen común, sin embargo, hoy cada uno de ellos tienen un ámbito de aplicación diferente por lo que deberán estudiarse separadamente. Su coetaneidad ha hecho que la interpretación de uno y otro se vean entrelazadas al punto de no lograrse su separación, y puesto que la receptación implica el favorecimiento al autor de cualquier delito socioeconómico, ayudándole a que éste se beneficie de los efectos del delito en el cual ha intervenido, este beneficio no está motivado en una conducta de tipo altruista o de buen samaritano, sino que implica el beneficio a su vez por parte del receptor de los mismos, puesto que el precio de adquisición por parte del receptor siempre es inferior al precio de mercado o de adquisición de los bienes objeto de este ilícito tráfico, lo importante frente al tema que nos ocupa es observar que la receptación continúa siendo un delito de referencia e incluso su penalidad dependerá de la penalidad establecida para el delito del cual proceden.

⁴⁶ Zaffaroni, E.: *Derecho Penal, Parte General*, edit. Ediar, segunda ed., Buenos Aires, 2002, p. 7. Este autor manifiesta que la *criminalización primaria* es el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas (la ejercen agencias políticas: parlamentos y ejecutivos). Se trata de un acto formal, fundamentalmente programático (que implica lo que deben llevar a cabo las agencias de criminalización secundaria: policías, jueces, agentes penitenciarios), pues cuando se establece que una acción debe ser penada, se enuncia un programa, que debe ser cumplido por agencias diferentes a las que lo formulan. Mientras que la criminalización primaria (hacer leyes penales) es una declaración que usualmente se refiere a conductas o actos, la *criminalización secundaria* es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas, que tiene lugar cuando las agencias policiales detectan a una persona, a la que se atribuye la realización de cierto acto criminalizado primariamente, la investiga, en algunos casos la priva de su libertad ambulatoria, la somete a la agencia judicial, ésta legitima lo actuado, admite un proceso, el avance de una serie de actos secretos o públicos para establecer si realmente ha realizado esa acción, se discute públicamente si la ha realizado y, en caso afirmativo, admite la imposición de una pena de cierta magnitud que, cuando es privativa de la libertad ambulatoria de la persona, es ejecutada por una agencia penitenciaria.

narcotráfico a través de las limitaciones penales al blanqueo de capitales. Este criterio que, siendo plenamente razonable y lógicamente veraz, no constituye argumento que permita justificar el criterio de identificar el resultado en el delito de blanqueo de capitales con el ataque, agresión y ofensa a la salud pública como bien jurídico protegido por el delito previo. No se puede confundir el bien jurídico protegido con la finalidad objetiva de la ley. Esa finalidad puede ser el objeto de protección mediato del tipo penal, pero sólo el inmediato servirá como elemento típico.⁴⁷

La redacción del art. 301.1 CP permite vincular el blanqueo a los capitales cuyo origen es la más diversa pluralidad de ofensas sociales penalmente relevantes, a tipos penales protectores de los más diversos bienes jurídicos. Desde el aborto, la agresión sexual, el tráfico ilícito de drogas, la prevaricación, la revelación de secretos de Estado, etc. Delitos que en su conjunto no son clasificables en torno a una naturaleza propiamente económica.⁴⁸ Luego de la reforma legislativa que ha repercutido sobre el tipo penal en cuestión, tampoco podemos enlazar los criterios de clasificación en cuanto a la gravedad de los delitos o a la clase de pena con el que se sancionan. La teoría del mantenimiento no tiene sustento jurídico posible. Por ejemplo, en un asesinato en el que concurriera el agravante del artículo 139.2 CP «*Precio, recompensa o promesa*», sería difícil justificar que el blanqueo de ese dinero obtenido como consecuencia de adecuar la conducta al tipo penal que prohíbe el asesinato, sigue lesionando el derecho a la vida humana independiente. Debemos expresar siendo lacónicos que este criterio no tiene hoy en día el menor sentido jurídico.⁴⁹

Piénsese en un delito previo patrimonial respecto del delito de receptación, por ejemplo, en el delito de estafa, sería difícil justificar que el blanqueo de ese dinero obtenido como consecuencia de adecuar la conducta al tipo penal que prohíbe la estafa sigue lesionando el patrimonio de la víctima porque el patrimonio de la víctima ya ha sido atacado de tal manera que ya no está en poder de aquella. Supongamos que

nuevamente la persona es víctima de una estafa, el patrimonio atacado será una porción distinta de aquella que estaba en poder de la víctima. Jurídicamente en los delitos patrimoniales se tutelan los derechos que sobre unos bienes o cosas se posee y no los bienes concretos poseídos, aunque sea factible la restitución. La receptación incide sobre los bienes originados en un delito, por ejemplo, de la estafa, pero no sobre los derechos que la víctima posee respecto de esos bienes o cosas cuya disposición mediante engaño se ha logrado, sino sobre los bienes en concreto y sus sucesivas conversiones, porque su origen es delictivo. La receptación no protege el bien jurídico del delito previo, protege otra cosa.

Podría señalarse que en la receptación debe mantenerse la teoría del mantenimiento porque la imposición de la pena está en función de la punibilidad del delito previo, sin embargo, para nosotros esta interpretación posible, encubre la verdadera naturaleza que la receptación tiene hoy en día. Además, es una argumentación construida para sostener la teoría del mantenimiento y no para explicar el tipo penal. En el ámbito del delito de receptación aunque la doctrina mayoritaria sostenga⁵⁰ que el hecho de que las reglas que se imponen en el núm. 3 del art. 298 CP para la regulación de la pena tengan relación con el delito precedente o que los límites que ahí se estipulan tienen como fundamento la pena del delito encubierto o previo, este criterio para nosotros más bien corrobora no sólo la justificación de la existencia tanto del delito de blanqueo de capitales como del delito de receptación, sino que además le otorga un criterio de racionalidad al sistema punitivo que prohíbe el blanqueo de bienes (efectos). Este sistema punitivo con base en una misma prohibición con diferentes ámbitos de aplicación protegería el mismo interés. La prohibición tendría dos niveles de protección: a) un delito de blanqueo de bienes (efectos) doloso comúnmente denominado receptación con una pena menor que oscila entre seis meses y tres años, limitada en función del delito precedente; y, b) un delito de blanqueo de capitales doloso cuya pena oscila entre seis meses y seis

⁴⁷ Gómez Pavón, P.: «El bien jurídico...», *ob. cit.*, p. 211.

⁴⁸ Palma Herrera, J.: *Los delitos de Blanqueo...*, *ob. cit.*, p. 245.

⁴⁹ Cobo del Rosal, M., Zabala López, C.: *Blanqueo de Capitales...* *ob. cit.*, p. 92.

⁵⁰ Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal...*, PE, décimo sexta ed., *ob. cit.*, pp. 533-534, Suárez González, C.: «III. Receptación y blanqueo...», *ob. cit.*, p. 558; Vives Antón, T., Orts Berenguer, E., Carbonell Mateu, J., González Cussac, J., Martínez Bujan Pérez, C.: *Derecho penal económico y de la empresa*, Parte Especial, edit. Tirant lo Blanch, tercera ed., p. 625; González Rus, J.: «Delitos contra el patrimonio...», *ob. cit.*, p. 619.

Bien jurídico protegido por los delitos de blanqueo: blanqueo y receptación

años cuya pena no se encuentra limitada por el delito previo. De la diferenciación del ámbito de aplicación se deriva la punibilidad diferenciada. La punibilidad diferenciada, limitada a los delitos previos en el caso del art. 298 CP, está justificada porque el ámbito de aplicación de la receptación está referido a delitos patrimoniales que en general son menos gravosos que aquellos de los que surgen los bienes en el delito de blanqueo de capitales del art. 301 CP: narcotráfico, terrorismo, trata de mujeres, malversación, cohecho, etc. Ésta es una interpretación que coincide con las razones político criminales (tradicionales y modernas) de ambos tipos penales.

El error de los que sostienen la teoría del mantenimiento lo encontramos en las siguientes fundamentaciones: a) elevar a rango de bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales (y receptación) el factor criminógeno de estas conductas, por ser un eficiente estimulador de la comisión de nuevos ilícitos; y, b) el enlazar la puesta en peligro de los bienes protegidos por esos ilícitos como objeto jurídico de protección en el delito de blanqueo de capitales (y receptación). Descartamos de plano una configuración que identifique el resultado de esta conducta típica con la lesión del bien jurídico previamente lesionado. En el primer caso nos encontramos frente a la protección de la finalidad objetiva de la ley, la *ratio legis*, que no siempre suele corresponderse con el objeto jurídico de protección del tipo penal. En el segundo caso nos encontramos cerca de los supuestos de favorecimiento, porque se intentaría dificultar el aprovechamiento por parte de los autores de dichos delitos.⁵¹ Su sustento es la teoría del aprovechamiento, porque se agota el delito y los culpables consiguen la finalidad: el capital, los bienes y efectos producto del delito previo.

Este criterio como se ha expuesto se encuentra ligado a la interpretación tradicional que se realiza del delito de receptación. Las líneas que dirigen o han intentado dirigir la interpretación del tipo penal referido, han sido calcadas y utilizadas para interpretar el delito de blanqueo de capitales. Aun cuando se identifique al delito de receptación como un delito contra el patrimonio, existen algunos autores que intentan enlazarlo al fin de protección de la norma aludien-

do a funciones político criminales, en las que junto a la lesión patrimonial como desvalor del resultado de este delito se observa la peligrosidad que encierra la conducta del receptor como promotor de la misma, lo que hace posible fundamentar una peligrosidad abstracta presente en la conducta del receptor.⁵² Esto como se ha visto no es admisible y se verá con más claridad al ubicar el concreto bien jurídico en el delito de blanqueo de capitales.

4.2. Postura del bien jurídico diferente

La falta de correlación entre objeto jurídico de protección en el delito de blanqueo de capitales (y receptación) y el objeto jurídico de protección en el delito previo del que han de proceder los bienes, nos obliga a plantear la búsqueda de la existencia de un objeto jurídico de protección propio y particular en el delito que nos ocupa.⁵³ Hemos concretado que una de las funciones que tiene el concepto jurídico penal de bien jurídico es la de servir de elemento sistematizador en la tarea legislativa de codificación. Por tanto, será imprescindible intentar observar si la ubicación sistemática dentro del CP nos arroja algún elemento de interpretación que nos sirva al momento de tratar de identificar el bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales.

Observamos primeramente que en la sistemática del CP el art. 301 ha sido ubicado entre los delitos contra el orden socioeconómico. Dejando de lado la discusión doctrinal que se sigue sobre qué son delitos patrimoniales y qué son delitos contra el orden socioeconómico, cuáles son sus características y si es posible o no una diferenciación porque ello implicaría una extensión que no es la adecuada para la finalidad de esta investigación, afirmamos que la diferenciación entre una y otra categoría de delitos⁵⁴ estriba esencialmente en el aspecto de protección que mayormente predomine, ya sea intereses particulares, personales o individuales para el caso de los delitos patrimoniales o intereses colectivos para los supuestos en los que identifiquemos a los delitos socioeconómicos.

Por tanto, y en relación con lo previamente expuesto, afirmamos que el delito de blanqueo de capitales

⁵¹ Gómez Pavón, P.: «El bien jurídico...», *ob. cit.*, p. 211.

⁵² Mata Barranco, N.: *Límites de la sanción...*, *ob. cit.*, pp. 28-30.

⁵³ Palma Herrera, J.: *Los delitos de Blanqueo...*, *ob. cit.*, p. 246.

⁵⁴ Palma Herrera, J.: *Los delitos de Blanqueo...*, *ob. cit.*, p. 250.

(y el delito de receptación) es un delito que de manera muy particular tiene el carácter de agresión contra el orden socioeconómico.⁵⁵ Las conductas tipificadas en él, de manera preponderante atacan los intereses colectivos por encima de los intereses individuales. Esta explicación de la ubicación sistemática del delito de blanqueo de capitales dentro del CP 1995 se corresponde con lo establecido en la normativa internacional sobre la prevención, tratamiento y control de las repercusiones de las conductas de blanqueo sobre la economía nacional e internacional. La normativa internacional constituye el origen y la génesis disciplinar de los tipos de blanqueo. Intentaremos aproximarnos al objeto inmediato de protección de este tipo penal. Empezaremos la exposición por la averiguación de si el orden socioeconómico es el bien jurídico que protege el delito en cuestión.

4.2.1. El orden socioeconómico como bien jurídico protegido

Si el orden socioeconómico es el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales necesitamos entender qué es el orden socioeconómico. Debemos referirnos en primer lugar a la definición jurídica y dogmática de los delitos económicos, la misma que lo concreta como un derecho que protege bienes jurídicos supraindividuales.⁵⁶ A su vez tiene dos formas de ser observado y estudiado: a) como regulación jurídica supraestatal; y, b) como regulación jurídica de las funciones de la economía: consumo, producción, inversión y trabajo. En el sentido y fines de la exposición, lo importante es subsumir estos criterios bajo el tamiz constitucional.⁵⁷ Si la Constitución establece y protege una economía de mercado fundamentada ésta en el derecho a la libertad de empresa y la libre competencia, los poderes públicos deberán garantizar que efectivamente se cumpla con ese mandato constitucional con-

signado en el artículo 38 de la Carta Fundamental.⁵⁸ El orden económico vendría a constituir la intervención planificadora y directora de las pautas económicas que establecen los poderes estatales. El Estado es el ente en abstracto que, a través de los diferentes órganos de la Administración en concreto, deberá materializar la planificación y dirección que hagan posible una economía de mercado constitucionalmente protegida:

El art. 38 CE establece que:

“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.”

A este respecto resulta ilustrativo comentar el criterio que sostiene que ya en la primigenia forma de este tipo delictivo se observaba y se demostraba que la poca tolerancia al blanqueo de capitales surgía por las graves alteraciones que producía en el sistema económico y en el mercado financiero. Esta observación hizo posible proponer su inclusión entre la categoría de delitos que atentan contra el orden socioeconómico y su necesaria evolución hasta los criterios de política criminal que hoy han consignado al delito de blanqueo de capitales en el art. 301 CP.⁵⁹ Sin embargo, es acostumbrado respecto del objeto de protección del tipo penal de blanqueo de capitales entender que no es posible considerar que el orden socioeconómico se constituya en el objeto amparado por este tipo penal, porque esta expresión carece de la concreción requerida. En este punto surge la dificultad de querer subsumir o identificar el orden socioeconómico como bien jurídico protegido en el delito analizado. Aunque hemos tratado de acercarnos a este concepto, no podemos afirmar que su lesión se identifique con el resultado en la conducta prohibida respecto del delito de blanqueo

⁵⁵ En contra, Feijóo Sánchez, B.: «Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. Esbozo de una teoría general de los delitos económicos», en *InDret*, 2/2009, p. 50 y ss. Quien está pensando tan sólo en la comisión dolosa de este delito por parte de las organizaciones criminales, al sostener que el delito de blanqueo de capitales es un instrumento de lucha contra la delincuencia organizada por cuanto pretende estrangular económicamente a las organizaciones criminales.

⁵⁶ Tiedemann, K.: *Manual de Derecho Penal Económico*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 58.

⁵⁷ Palma Herrera, J.: *Los delitos de blanqueo...*, ob. cit., p. 251.

⁵⁸ Constitución Española, Boletín Oficial del Estado del 29 de diciembre de 1978, Núm. 311. I.

⁵⁹ Díez Ripollés, J.: «El blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas. La receptación de la legislación internacional en el ordenamiento penal español», en *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria*, CDJ, dir. Martínez Arrieta A., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 609. Nosotros señalaremos que, siendo cierto, no excluye las falencias e imprecisiones en la estructuración y redacción del tipo penal en cuestión, y que por no ser la finalidad y objeto de la investigación no podremos detenernos a reparar en ellas.

Bien jurídico protegido por los delitos de blanqueo: blanqueo y receptación

de capitales. Esto se debe a que nos enfrentamos aún a un concepto vago, impreciso y lejano. Lo que queremos afirmar o lo que se asegura no es que esté vacía de contenido esta expresión, sino que precisamente esta llenura, profusión, abundancia y multiplicidad de conceptos que componen al orden socioeconómico es lo que lo hace difuso.⁶⁰ Es preciso acercarnos un poco más a los bienes jurídicos que lo forman para observar si alguno de estos, efectivamente constituyen el objeto de protección inmediato del tipo en cuestión, para lo cual desarrollaremos brevemente su estructura.

4.2.2. El blanqueo de capitales en la economía: libre competencia, competencia leal y delincuencia organizada

Para las posturas que se colocan en este ámbito, el delito de blanqueo de capitales es ante todo una actividad económica que constituye un fenómeno social y cultural que se desarrolla en el marco de la sociedad de riesgo cuyo proyecto normativo es la seguridad.⁶¹ Este fenómeno tiene una repercusión a escala global, puesto que la ingente cantidad de dinero proveniente de unos determinados delitos ocasiona, en el espectro de la economía, la imposibilidad de la previsión y la planificación (esto a nivel macroeconómico); luego si la intervención se realiza a través de empresas (a nivel microeconómico) que cotizan o no en el mercado de valores, se produce un ambiente de desconfianza para

ese particular mercado financiero. Situación que implica mayores costes por la desconfianza extendida al sistema financiero en general y de manera particular a determinadas entidades bancarias que son utilizadas para la realización de las conductas de lavado con la finalidad de blanquear los capitales obtenidos de forma contraria a Derecho.

Para estas posturas, el vínculo entre organización criminal y empresa no es un fenómeno reciente. La relación entre empresa (sea esta criminal o no) y delito es una conexión que puede manifestarse a través de las siguientes maneras o procesos: a) en el momento de la constitución o adquisición de la empresa; b) en la actividad de dirección y administración de la misma por parte de la organización (sea esta criminal o no); c) en la forma de llevar a cabo la actividad empresarial en su conjunto; y, d) en la forma y fuentes de financiación de la estructura societaria, a través de capitales que ya han sido previamente blanqueados, etc. En este sentido la empresa tendría una finalidad identificable con su real interés social,⁶² a saber: blanquear capitales procedentes de otras actividades delictivas, interés social que es completamente antijurídico, aunque sí plenamente económico.⁶³ Ante este panorama no es difícil afirmar que el blanqueo de dinero se encuentra directamente interrelacionado con la criminalidad organizada.⁶⁴ Algunos afirman incluso que el blanqueo de dinero constituye la razón y el sentido de este tipo de delincuencia y, por tanto, es el centro neurálgico de la

⁶⁰ Santana Vega, D.: *La protección penal de los bienes...*, *ob. cit.*, p. 96. Esta autora en efecto sostiene que como denominaciones más frecuentes de bienes jurídicos colectivos encontramos: difusos, difundidos, colectivos, supraindividuales, universales, intereses generales, de nueva generación, etc. Y que este dato es fiel reflejo de la confusión y de los resultados provisionales siempre alcanzados en este tipo de investigación.

⁶¹ Beck, U.: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, edit. Paidós, Barcelona, 2006, p. 69. Este autor lo expresa del siguiente modo: comienza a cambiar la cualidad de la comunidad. Dicho esquemáticamente, en estos dos tipos de sociedades modernas se abren paso sistemas axiológicos completamente distintos. Las sociedades de clases quedan referidas en su dinámica de desarrollo al ideal de la igualdad [...] no sucede lo mismo con la sociedad del riesgo. Su contraproyecto normativo, que está en su base y la estimula, es la seguridad. En lugar del sistema axiológico de la sociedad desigual aparece, pues, el sistema axiológico de la sociedad insegura.

⁶² Sánchez-Calero Guilarte, J.: «Creación de Valor, Interés Social y Responsabilidad Social Corporativa», en *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*, t. II, coords. Rodríguez Artigas y otros, edit. Aranzadi, 2006, pp. 859-864. Quien señala que el *interés social* apunta siempre a un problema de asignación de recursos, en donde lo importante es establecer un criterio que determine cómo debe administrarse el patrimonio de la sociedad y los resultados generados con su actividad, si se orienta el interés social en una u otra dirección por lógica sabremos que como beneficiarios de esos elementos patrimoniales tendremos a unos u otros sujetos.

El problema fundamental surge porque el legislador no dice cuál es el interés social, entonces la práctica empresarial demuestra que corresponderá a los administradores tomar la decisión de aplicar el patrimonio social en la forma que crean más ajustada al interés social; criterio éste no sólo orientador, sino evaluador de una diligente y leal administración. A los accionistas les compete revisar y aprobar el criterio de los gestores, favorecer unos intereses, implica siempre postergar otros.

Para los accionistas, cualquier aplicación de resultados que beneficie a sujetos ajenos al capital supone una merma de su renta, actual o futura, de estas consideraciones surge el criterio que determina que la continuidad y la prosperidad de la empresa depende de la satisfacción de los clientes y proveedores, de los accionistas y acreedores y de cualquier otro grupo de interés vinculado con la sociedad, sin embargo es importante dejar de manifiesto que el interés social no es un concepto económico, sino jurídico, puesto que apunta a los sujetos legitimados para orientar la marcha de la sociedad.

⁶³ Palma Herrera, J.: *Los delitos de Blanqueo...*, *ob. cit.*, p. 257.

⁶⁴ Suárez González, C.: «Blanqueo de capitales y merecimiento...», *ob. cit.*, p. 125.

criminalidad organizada.⁶⁵ La fuente del crecimiento y progresión en el tiempo de la curva de criminalidad organizada se explica a través del crecimiento del mercado de productos ilegales a nivel local y a nivel internacional, que se ha producido de forma paralela acelerando progresivamente el desarrollo de la economía internacional. Afirmamos que existe una relación directamente proporcional entre el crecimiento del tráfico de mercancías ilegales y el crecimiento del blanqueo de capitales. España por ser punto geográfico de ingreso a Europa y punto geográfico de salida hacia América se constituye en un paso obligado para el transporte de ciertas mercancías ilegales. Esto añadido a la realidad de ser una potencia turística mundial, le permite disfrazar por este motivo el ingreso de todo tipo de mercancías, lo que convierte a este país en el lugar apropiado para el tráfico ilícito de drogas, ejemplo de mercancía cuyo comercio es ilegal.⁶⁶

Pero qué es la criminalidad organizada. Ésta es una cuestión de difícil respuesta puesto que no existe unanimidad. Sin embargo, nos arriesgamos a afirmar que la criminalidad organizada es la criminalidad de varios miembros de la sociedad que se asocian generalmente por tiempo indeterminado y organizan su actividad criminal como si fuera un proyecto empresarial. La criminalidad organizada industrial es aquella que produce réditos económicos.⁶⁷ La Organización de las Naciones Unidas (ONU) a través del art. 1 de la *Convención contra la Criminalidad Transnacional Organizada* de diciembre del año 2000, define a la criminalidad organizada como “*un grupo estructurado de tres personas o más, existente durante un cierto tiempo y que tiene por finalidad la comisión de infracciones graves para obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico o material de otro tipo*”.⁶⁸ La Ley Orgánica 5/1999 de 13 de enero (que modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal) en su artículo 282 bis⁶⁹ define por organización criminal a la asociación

de tres o más personas para realizar de forma permanente o reiterada conductas que tengan por fin cometer algún o algunos de los delitos referentes al secuestro, relativos a la prostitución, contra el patrimonio y el orden socioeconómico, derechos de los trabajadores, tráfico de especies de fauna y flora, tráfico de material nuclear y radioactivo, delitos contra la salud pública, falsificación de monedas, tráfico y depósito de armas, terrorismo y, aún delitos contra el patrimonio histórico. Delitos de los que se deduce una gran capacidad de producción de rendimientos o ganancias ilícitas. La liquidez abrumadora de estas empresas criminales, que se explica por las ingentes cantidades de capitales que poseen o se encuentran a la disposición en estas sociedades o negocios de blanqueo, hace que éstas se coloquen en una posición privilegiada respecto de las otras compañías o negocios que se encuentran subordinadas al capital financiero y por ende a una realidad: la escasez de liquidez. Esto conduce de manera inexorable (es importante que se observe como consecuencia) a la realidad de que la competencia sea desleal (esto en el escenario económico empresarial menos negativo).⁷⁰ Este tipo de empresas están caracterizadas porque los óptimos económicos no se encuentran relacionados con la búsqueda de la eficiencia o la mejora de la competitividad, sino más bien en lograr desempeñar de la mejor manera (y con el menor ruido) la finalidad de la existencia de éstas, es decir el blanqueo y legalización de capitales. Esto obliga a que las mismas en su desempeño sean poco respetuosas de las normas del buen gobierno corporativo, de los deberes de diligencia y lealtad de los administradores y todo lo que implica una administración adecuada, no sólo para el interés social de la misma sino en el sentido de una ética empresarial que afecta a los intereses de una determinada economía.

El problema y crítica de estas posturas lo encontramos en la visión arquetípica del delito de blanqueo de

⁶⁵ Garzón Real, B: «Cooperación jurídica internacional en el ámbito del blanqueo de dinero y espacio de seguridad, libertad y justicia en la Unión Europea», en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Estudios de Derecho Judicial, dir. Zaragoza Aguado, J., núm. 28, Madrid, 2000, pp. 428-430.

⁶⁶ Delgado Martín, J.: *Criminalidad Organizada*, edit. Bosch, Barcelona, 2001, p. 22-24.

⁶⁷ Bottke, W. «Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania», en *Revista Penal*, núm. 2, 1998, p. 2.

⁶⁸ Organización de las Naciones Unidas, Centro de Información, sobre la normativa de las convenciones y otros instrumentos cuyos textos aparece en las resoluciones de Asamblea General, en la página web <http://www.un.org/spanish/documents/instruments>.

⁶⁹ Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves.

⁷⁰ Si reflexionamos un poco, y con la ayuda de la experiencia, observaremos que en algunos hechos relevantes, lo que efectivamente ocurre en la realidad es el establecimiento de una competencia monopolística u oligopólica que otorga a aquellas una posición de poder muy relevante no sólo a nivel de mercado sino a nivel de economía, frente a las demás empresas, gobiernos locales, regionales e incluso a nivel estatal.

Bien jurídico protegido por los delitos de blanqueo: blanqueo y receptación

capitales como un proceso económico estructurado en diferentes fases y cuya última etapa es la inversión de los bienes en actividades o negocios lícitos. Porque, aunque estas posturas entienden correctamente cuál es el fenómeno social o criminológico del blanqueo de capitales, sin embargo, olvidan que no siempre las conductas del delito de blanqueo de capitales se realizan a través de la acción de las empresas criminales o de la realización de inversiones, sino siguiendo otros caminos y otros propósitos. Por ejemplo, para la ejecución de actividades que en su conjunto podríamos denominar legítimas, tales como la compra de alimentos, el pago de la pensión escolar, el pago de la pensión alimenticia, gastos en enfermedades, gastos médicos, el pago de la cotización de la seguridad social, etc. Situaciones en las que no se ve afectada la libre o la leal competencia, por lo que debemos descartar la protección penal de este valor como bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales.⁷¹ Sin que eso signifique descartar que las aportaciones realizadas por esta visión, ayudan a entender en su conjunto el problema de la legitimación de capitales en el ámbito de las organizaciones criminales en el que de plano el blanqueo de capitales es siempre doloso.

El problema es que no se puede aceptar como explicación total del problema de los delitos de blanqueo de capitales. La cuestión de difícil respuesta está en lograr justificar también por qué es posible imputar a una persona natural o jurídica responsabilidad por blanqueo también imprudente. En el caso de la última cuando su objeto social real es plenamente legítimo o adecuado socialmente, y aun así es susceptible de cometer el delito de blanqueo de capitales en la modalidad dolosa o imprudente. Por lo que una visión muy económica del problema no soluciona todos los grupos de supuestos, además en general al Derecho lo que interesa es el código jurídico y no las relaciones fenomenológicas que acontecen en el día a día.

4.2.3. El tráfico lícito de bienes como bien jurídico protegido

Esta postura parte del análisis del contexto en el que se desenvuelve y desarrolla el delito de blanqueo de capitales y en general el fenómeno de la legitimación (legalización) de bienes y efectos que provengan de

un delito. Se aprecia que en el mundo globalizado en el que el conjunto de las interrelaciones se desenvuelve en el marco de la sociedad de riesgo, se observan los siguientes caracteres de la realidad económica en el que actúan las personas: a) la desaparición de barreras jurídicas para la libre circulación de los capitales y de los bienes (Unión Europea, Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Mercado Común del Sur y una gama inmensa de tratados bilaterales y multilaterales que no exigen fronteras comunes, etc.); b) la creación y utilización de medios alternativos de pago a la moneda, especialmente el uso de instrumentos financieros; c) despersonalización a la hora de realizar los negocios, cada día son más los negocios y contratos en los que las partes no sólo que no se conocen sino que son anónimas; d) entidades financieras multinacionales que lo único que buscan es ampliar su presencia a escala global; e) múltiples formas de estafa y defraudaciones; y, f) la informática como el soporte documental más generalizado en las relaciones mercantiles y económicas.

A partir de todos estos caracteres de las modernas relaciones económicas, se constataría que las conductas de blanqueo de capitales se pueden realizar en cualquier momento del proceso económico (macro y micro) y en cualquier circunstancia en la que se utilicen bienes de naturaleza económico-mercantil.⁷² Sin descartar que a nivel de economía doméstica no es en absoluto difícil introducir en el comercio bienes y efectos cuyo origen sea delictivo. Por lo que esta descripción en su conjunto permitiría explicar la legitimación (legalización) de bienes propia del delito de blanqueo de capitales y la legitimación (legalización) de bienes que se originan en los efectos del delito previo propia del delito de receptación.

Las actividades de comercio, es decir el intercambio de mercancías y dinero que se realiza en el mercado de bienes, así como la prestación de servicios (intercambio de productos intangibles y por lo tanto de difícil mensura), son el sitio privilegiado (no en sentido espacial) para la realización de las conductas de blanqueo de capitales. Dentro del sector terciario o de servicios encontramos también los servicios financieros, es decir el mercado financiero al que entendemos como conjunto de entidades que canalizan los recursos financieros desde y hacia los

⁷¹ Palma Herrera, J.: *Los delitos de Blanqueo...*, ob. cit., p. 266.

⁷² Del Carpio Delgado, J.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit. p. 70.

agentes económicos, incluido aquí el mercado de dinero. Desde esta perspectiva, el delito de blanqueo de capitales es una figura jurídica que pretende evitar que accedan a los canales ordinarios de la economía legal, capitales obtenidos de manera delictiva con el fin de que no llegue a contaminarse esa economía y se produzcan efectos indeseables para la libre competencia, la competencia leal, el mercado financiero, etc.⁷³ Se trata por tanto de mantener incólume el tráfico de bienes, porque sólo garantizando la circulación de capitales cuyas fuentes sean legítimas, puede mantenerse el modelo de sistema económico impuesto constitucionalmente.

El aspecto del orden socioeconómico que resulta inmediatamente y de manera muy particular afectado por el delito de blanqueo de capitales debe concretarse en el tráfico financiero y económico legal,⁷⁴ en oposición al tráfico ilícito de bienes. Pero qué se entiende por tráfico ilícito de bienes. Ésta es una cuestión de trascendental importancia, puesto que, de acogerse este criterio, determinará el alcance de la protección jurídica penal del tipo analizado. Debemos entender por tráfico ilícito de bienes no sólo los movimientos o fluctuaciones de capitales cuya procedencia sea una actividad delictiva. Además, consideraremos tráfico a la mera posesión de los bienes que facilite o permita su puesta en circulación, su aprovechamiento y la generación de esos capitales.⁷⁵ La circulación de los bienes legales en la economía debe ser protegida contra la contaminación que supone el hecho de la incorporación de los bienes de procedencia delictiva, éste es el fundamento del blanqueo de bienes⁷⁶ y de las conductas tipificadas y prohibidas. Esta postura sostiene que este objeto de tutela de la ley penal se encuentra en

estricta consonancia con lo que en esencia es el blanqueo. La exposición de motivos del Proyecto de Código penal de 1992 definía a las conductas de blanqueo como aquellas orientadas a la incorporación al tráfico económico legal de los bienes o dinero ilegalmente obtenidos. Son comportamientos en los que resulta esencial no perder de vista la meta final que siempre será la misma: conseguir que bienes de origen ilícito puedan ingresar en los circuitos económicos normales sin que se pueda detectar su origen y naturaleza, o ayudar a los que se dediquen a ello a que lo consigan.⁷⁷ Por nuestra parte señalaremos que, aunque se constatare que las conductas de blanqueo se pueden realizar en cualquier momento del proceso económico, de lo que se deduce la necesidad de proteger el tráfico lícito de bienes respecto de aquellos cuya procedencia sea delictiva, es necesario dotar a la explicación de una fundamentación normativa y no sólo fenomenológica. Podría ser correcto afirmar que el objeto jurídico de protección se justificaría político-criminalmente desde esta perspectiva, pero lo importante no es sólo esto. Lo fundamental está en determinar que este objeto jurídico de protección sea el que se deriva directamente de la prohibición. Indiferentemente, considero que para entender correctamente esta cuestión deberá interpretarse adecuadamente cada conducta o mejor cada grupo de supuestos en función del objeto jurídico escogido. El bien jurídico escogido deberá servir dogmáticamente para algo.

4.2.4. La administración de justicia como bien jurídico protegido

Esta postura parte de la base de la naturaleza jurídica que poseen los comportamientos descritos en el tipo

⁷³ Palma Herrera, J.: *Los delitos de Blanqueo...*, ob. cit., p. 278.

⁷⁴ Abel Souto, M.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., p. 75; González Cussac, J., Vives Antón, T.: *Comentarios al Código penal de 1995*, t. II, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1463, aquí se sostiene que, las conductas de blanqueo dañan, la seguridad del tráfico comercial; González Rus, J.: «Delitos contra la propiedad», en *Curso de Derecho penal español*, PE I, dir. Cobo del Rosal, M., Madrid, edit. Edersa, 1992, p. 843-844, este autor, ha defendido la idea de que en la circulación del tráfico comercial no deben tener cabida bienes que provengan de un delito; Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal Económico...*, ob. cit., PE, p. 296, piensa que el bien jurídico tutelado lo constituye la necesidad de que los bienes que circulan por el mercado tengan un origen lícito; Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal...*, ob. cit., PE, p. 521, defiende que, con la penalización del blanqueo se pretende proteger la correcta circulación o tráfico de los bienes en el mercado; Palma Herrera, J.: *Los delitos de...*, ob. cit., p. 282, sostiene que éste es uno de los bienes jurídicos que protege el blanqueo de capitales y que se ve afectado por todas las conductas que la descripción típica es capaz de abarcar; Vidales Rodríguez, C.: *Los delitos de recepción y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 93, asevera que con la penalización de este delito, se pretende proteger la seguridad del tráfico comercial; Bramont Arias, L.: «Algunas precisiones referentes a la Ley Penal contra el Lavado de Activos», en *L.H. al Prof. Bramont Arias*, L. edit. San Marcos, Lima, 2003, p. 521, argumenta que, el tráfico lícito (de bienes) debe imperar en toda sociedad.

⁷⁵ Palma Herrera, J.: *Los delitos de Blanqueo...*, ob. cit., p. 279.

⁷⁶ Del Carpio Delgado, J.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit. p. 82.

⁷⁷ Quintero Olivares, G.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, dir. Quintero Olivares, G., Morales Prats, F., edit. Aranzadi, Pamplona, quinta ed., 2005, p. 944.

Bien jurídico protegido por los delitos de blanqueo: blanqueo y receptación

penal analizado. Los que la propugnan señalan y evidencian que son conductas encubridoras por lo tanto deben tener el mismo bien jurídico que el delito de encubrimiento. Según la doctrina, el delito de encubrimiento tutela la administración de justicia en su función de averiguación, persecución y castigo de los delitos, no como institución sino en lo que se refiere al correcto funcionamiento de la misma. En consecuencia, el delito de blanqueo de capitales como conducta favorecedora tutela también el correcto funcionamiento de la administración de justicia.⁷⁸ De esta manera, se ha sostenido que la conducta descrita en el tipo penal de blanqueo de capitales se encuentra más cerca del encubrimiento que de las conductas receptadoras y se convierte en una modalidad *sui generis*⁷⁹ de favorecimiento real que tornan difícil la realización de la finalidad de la administración de justicia. La finalidad del blanqueo es incriminar la colaboración que recibe el autor del delito del que proviene el dinero ilícito.⁸⁰ Como hemos visto en la descripción del problema, esta observación no se corresponde con el texto de los arts. 298 y 301 CP de los que se corrobora mucha similitud.

La dirección y sentido del reproche penal apunta a cualquier tipo de colaboración posterior (que implique adecuar las conductas conforme a lo establecido en el art. 301 CP) con el responsable del delito previo, delito del que se obtienen los bienes o capitales ilícitos.⁸¹ El verdadero sentido y finalidad de este tipo de actividades (encubridoras) es hacer posible el aprovechamiento de los bienes que un tercero hubiera conseguido mediante la comisión de alguna actividad delictiva. Para lo cual, se llevan a cabo una serie de operaciones que en la circunstancia de que el delito del que proceden esos bienes aún no haya sido descubierto, dificultarán notablemente su conocimiento por parte de la autoridad y permitirán el aprovechamiento y disfrute de tales bienes. En el evento de que ese delito haya sido descubierto y, por lo tanto, se hace posible su persecución, no obsta el hecho de que lograrán sustraer los bienes obtenidos

como consecuencia de su cometimiento del alcance de la autoridad impidiendo su comiso y la aplicación de responsabilidades civiles. Ambos sucesos se constituyen en alicientes para la reiterada comisión de nuevos actos delictivos, convirtiendo a los delitos previos en una fuente ilícita de producción de capitales.⁸² Otro de los argumentos que se utilizan para enlazar el resultado prohibido en las conductas de blanqueo de capitales con el bien jurídico denominado correcto funcionamiento de la administración de justicia está en sostener que con aquéllas se busca fundamentalmente evitar el descubrimiento de la identidad de los autores del delito principal.⁸³ Ésta se configuraría como otra de las finalidades para hacer uso de las conductas de blanqueo de capitales en su modalidad encubridora, porque logrando sustraer la identidad de los partícipes del delito previo del conocimiento de la autoridad se permite, en última instancia, el goce y uso de los bienes obtenidos como consecuencia de la actividad delictiva.

Sin embargo, sostener que el blanqueo de capitales surge con el motivo de que las conductas tienen una naturaleza encubridora es un poco difícil de mantener, en el sentido de que para esos supuestos existe ya el delito de encubrimiento. Por otro lado, si la intención del legislador hubiera sido aquélla, su ubicación sistemática no lo corrobora. Además, el entendimiento de la administración de justicia como bien jurídico tutelado tiene el inconveniente de incidir solamente en un aspecto parcial de los efectos de las conductas de blanqueo de capitales,⁸⁴ porque se olvida que lo importante no es el delito previo y sus autores y partícipes, sino impedir que los bienes (y efectos) producidos por el delito previo no contaminen el tráfico lícito. Sin olvidarnos que esta postura tampoco explica de manera eficiente la punición con la que el legislador ha querido castigar las conductas de blanqueo, que son especialmente más severas,⁸⁵ a diferencia de las conductas de encubrimiento. Estas críticas que siendo ciertas e incontestables no impli-

⁷⁸ Abel Souto, M.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., p. 28, en el mismo sentido, Bacigalupo Zapater, E.: «Estudio comparativo...», ob. cit., p. 207; además, González Cussac, J., Vives Antón, T.: *Comentarios al Código penal de 1995...*, ob. cit., t. II, pp. 1464 y ss.

⁷⁹ Gómez Pavón, P.: «El bien jurídico...», ob. cit., p. 210.

⁸⁰ Bacigalupo Zapater, E.: «Estudio comparativo...», ob. cit., p. 199.

⁸¹ Bacigalupo Zapater, E.: *Curso de Derecho penal...*, ob. cit., pp. 195-211.

⁸² Palma Herrera, J.: *Los delitos de Blanqueo...*, ob. cit., p. 285.

⁸³ Arias Holguín, P.: *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (Art. 301 CP)*, edit. Iustel, Madrid, 2011, p. 150.

⁸⁴ Del Carpio Delgado, J.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit. p. 64.

⁸⁵ Abel Souto, M.: *El delito de blanqueo...*, ob. cit., p. 31.

can que las conductas de blanqueo de capitales no afecten directa o indirectamente al correcto funcionamiento de la administración de justicia. Lo que se sostiene es que ésta no es ni la razón de ser del blanqueo de capitales y tampoco se corresponde con el fundamento de las conductas típicas que lo prohíben. Algún autor ha sostenido que el delito de blanqueo de capitales es un instrumento de política criminal que refuerza la función de la pena prevista en los delitos previos. De este modo, con el blanqueo de capitales no se protege ningún bien jurídico autónomo, en este sentido, terminológicamente lo que protege el delito de blanqueo de capitales es la administración de justicia en su dimensión preventiva.⁸⁶ Esta función preventiva de la administración de justicia consiste en el impedimento futuro de hechos delictivos.⁸⁷ A esta postura se le pueden apuntar las críticas realizadas a la teoría del mantenimiento, así como las referidas a la protección del correcto funcionamiento de la administración de justicia.

En efecto, reiteramos que el error de los que participan en el criterio de sostener la teoría del mantenimiento lo encontramos en: a) elevar a rango de bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales el factor criminógeno de esta conducta por ser un eficiente estimulador de la comisión de nuevos ilícitos; y, b) el enlazar la puesta en peligro de los bienes protegidos por esos ilícitos como objeto jurídico de protección en el delito de blanqueo de capitales. Por lo que descartamos de plano una configuración que identifique el resultado de esta conducta típica con la lesión del bien jurídico previamente lesionado. Como hemos afirmado antes, en el primer caso nos encontramos frente a la protección de la finalidad de la ley, que no siempre suele corresponderse con el objeto de protección jurídico del tipo penal. En el segundo caso nos encontramos cerca de los supuestos de favorecimiento, porque se intentaría dificultar el aprovechamiento por parte de los autores de dichos delitos.⁸⁸ Su sustento es la teoría del aprovechamiento. Puesto que se agota el

delito y los culpables consiguen la finalidad: el capital. Este criterio como se ha expuesto se encuentra ligado a la interpretación que la doctrina tradicional realiza del delito de receptación. Por lo que, las líneas que dirigen o han intentado dirigir la interpretación del tipo penal referido han sido calcadas y utilizadas para interpretar el delito de blanqueo de capitales. Aun cuando se identifique al delito de receptación como un delito contra el patrimonio, existen algunos autores que intentan enlazarlo al fin de protección de la norma aludiendo a funciones político criminales en las que, junto a la lesión patrimonial como desvalor del resultado de este delito, se observa la peligrosidad que encierra la conducta del receptor como promocionador de la misma lo que hace posible fundamentar una peligrosidad abstracta presente en la conducta del receptor.⁸⁹ Estas posturas deben ser rechazadas.

5. El delito de blanqueo como un delito pluriofensivo

La consideración pluriofensiva del delito de blanqueo de capitales se encuentra aceptada y muy extendida entre la doctrina española.⁹⁰ Esta difusión y esparcimiento no obedece a las dificultades que ofrece el encuadramiento de las conductas de blanqueo de capitales dentro de los clásicos y tradicionales bienes jurídicos,⁹¹ sino que se debe y explica (argumentan) a que son varios los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro como objeto de protección conjunta ante la aparición de las conductas de blanqueo de capitales. La cualidad de pluriofensividad requiere la protección penal de más de un bien jurídico. Los discursos doctrinales estriban en las diferentes combinaciones de bienes jurídicos destruidos, afectados o atacados, que se enlazan con el resultado prohibido en esta conducta punible. A continuación, intentaremos aproximarnos a algunas de estas posiciones para dilucidar cuál sea el bien jurídico inmediato que se protege en el art. 301 CP.

⁸⁶ Ragués I Vallés, R.: «Lavado de Activos y Negocios Standard», en *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales*, en Homenaje al Prof. Claus Roxin, edit. La Lectura-Lerner, Córdoba, 2001, 640 y ss.

⁸⁷ Bermejo, M.: *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2010, pp. 354 y ss.

⁸⁸ Gómez Pavón, P.: «El bien jurídico...», *ob. cit.*, p. 211.

⁸⁹ Mata Barranco, N.: *Límites de la sanción...*, *ob. cit.*, pp. 28-30.

⁹⁰ Abel Souto, M.: *El delito de blanqueo...*, *ob. cit.*, p. 83.

⁹¹ Álvarez Pástor, D., Eguidazu Palacios, F.: *La prevención...*, *ob. cit.*, p. 270.

Bien jurídico protegido por los delitos de blanqueo: blanqueo y receptación*5.1. Administración de justicia y el orden socioeconómico*

El blanqueo de capitales compromete el orden socioeconómico en la medida en que dificulta la transparencia del sistema financiero y la seguridad del tráfico comercial, sin embargo, su naturaleza encubridora conduce a afirmar que la protección abarca también al correcto funcionamiento de la administración de justicia, es decir, impedir que esta cumpla con su finalidad social de aplicar la justicia de manera oportuna. La elevada pena que el legislador ha impuesto a esta conducta típica es un soporte para la tesis de la pluriofensividad.⁹² Un delito que de manera equivalente atenta contra la transparencia del mercado financiero y que, dada la naturaleza del mismo como conducta encubridora, su resultado es identificable a la imposibilidad que tiene la administración de justicia de perseguir los delitos de referencia de aquél. La no perseguibilidad de los delitos base es el fundamento que explica la naturaleza de estas conductas típicas. Esto en la medida en que se trata de enlazar como valor o bien jurídico relevante para el Derecho penal en los supuestos de blanqueo de capitales, el impedir que la administración de justicia cumpla con su finalidad. Tal y como se ha señalado en el párrafo anterior esta finalidad implica realizar la justicia no en cualquier momento sino en el momento adecuado y respetando las reglas debidas. Observando además que la lesión al orden socioeconómico es un medio para realizar las conductas legitimadoras del capital.⁹³ Esta argumentación es la que conduce a concluir que el art. 301 CP que tipifica el delito de blanqueo de capitales tutela directamente tanto la administración de justicia en su función de averiguación, persecución y castigo de los delitos, así como el orden socioeconómico, concretado éste en la licitud de los bienes en el tráfico financiero y económico legal.⁹⁴

Estos dos objetos de protección en el delito de blanqueo de capitales permiten una configuración pluriofensiva del mismo. Las penas previstas para su castigo se encuentran justificadas en esta cualidad de las conductas de blanqueo de capitales. Las penas tan elevadas con las que se conmina el blanqueo de bienes frente al delito de encubrimiento y al delito de receptación únicamente se explican por la naturaleza pluriofensiva de las conductas tipificadas en el art. 301 CP.⁹⁵ A pesar de esto, atribuyen mayor relevancia

al orden socioeconómico como bien jurídico protegido, porque la razón de criminalizar estas conductas reside en el interés de la sociedad en que los bienes que tienen su origen en una actividad delictiva queden excluidos del lícito tráfico de bienes y servicios.⁹⁶

5.2. Teoría del mantenimiento y protección de otro bien jurídico: orden socioeconómico y administración de justicia

Esta tesis sostiene que el delito de blanqueo de capitales supone una continuación del *iter criminis* de los delitos previos, un paso más en el camino a la consecución de la finalidad de la conducta prohibida observada como un todo delictivo. La conducta no se agota en el resultado del delito previo, sino que continúa con las conductas de blanqueo de capitales. Sin embargo, aclaran y completan, que la protección también se corresponde con la lesión del interés del Estado en controlar un determinado orden socioeconómico.⁹⁷ Esta perspectiva, que en un intento de abarcar todo lo discutido sobre el bien jurídico protegido, expresa que efectivamente la conducta del delito de blanqueo de capitales es parte del delito previo considerado como un paso posterior y necesario a la comisión del delito del cual se obtienen los bienes a blanquear o legitimar. Hay que agregar que la postura analizada indica que las conductas de blanqueo de capitales no sólo son una fase adicional y necesaria para el cometimiento del delito anterior, sino que se remarca la lesión al orden socioeconómico establecido constitucionalmente.

Por otro lado, existe una postura que considera que el bien jurídico tutelado por el blanqueo de capitales se corresponde con el correcto funcionamiento de la administración de justicia, aunque también se lesione el bien jurídico protegido por el delito previo.⁹⁸ Aún más, el delito de blanqueo protege a la administración de justicia en su tarea de eliminar los efectos originados por el delito previo.⁹⁹ Esta postura algo interesante, deja dudas respecto de la autonomía del tipo analizado, el delito de blanqueo de capitales frente al delito previo. Podríamos arriesgarnos a asegurar que es una forma de expresión de la teoría del mantenimiento. Un análisis forzado en el que la interpretación depende del origen del tipo delictivo. Sin embargo, hoy ya no se puede predicar la dependencia de este tipo penal frente a los delitos previos. En la forma en que se encuentra escrito el art. 301

CP deja excluida la dependencia a cualquier otro tipo penal. Este argumento se explica en la medida en que la referencia que realiza con la expresión *actividad delictiva* no es sólo múltiple sino además diversa. Los bienes jurídicos de los delitos previos son extremadamente diferentes lo que hace difícil su sistematización. La solución no está en la teoría del mantenimiento ni para el art. 301 CP ni para el art. 298 CP.

6. Posición personal

El blanqueo de capitales es el punto de quiebre entre la economía legal y la economía ilegal, entonces, la expansión de las fronteras de la economía vinculada al delito y su confusión con los bienes lícitos que se encuentran en los círculos económicos legales es la razón de la existencia del delito de blanqueo de capitales. La enorme lesividad y el ingente ataque, que comporta a uno de los derechos establecidos en la Constitución que se corresponde con el modelo económico del Estado liberal moderno y que sustenta el desenvolvimiento de la vida económica y social del mundo desarrollado instituido en el artículo 38 CE, es la razón de ser de este concreto tipo penal.¹⁰⁰ El art. 38 CE es una norma constitucional que consagra y protege la libertad de empresa. Este precepto constituye el núcleo de las cláusulas económicas de la Constitución porque eleva a categoría el modelo de la economía de mercado. La economía de mercado constitucionalizada es la fuente y límite de las pautas que rigen los comportamientos de los actores económicos y de las restricciones admisibles respecto de aquellos comportamientos.¹⁰¹ Una de estas pautas directoras de los comportamientos económicos de los ciudadanos lo constituye el delito de blanqueo de capitales. Una

prohibición que indicaría lo siguiente: con carácter general está prohibido respecto de todos los ciudadanos organizar algo cuando esa organización implique la introducción en el tráfico lícito de aquellos bienes cuya procedencia es delictiva.

La libertad de empresa encuentra su fundamento en las valoraciones que sustentan el resto de derechos fundamentales cuya estructura depende de la libertad.¹⁰² El art. 38 CE tendría como cometido asegurar que los ciudadanos realicen su comportamiento económico en el marco de la independencia o autonomía personal. Porque todos tenemos el derecho de ejercitar la actividad económica que deseamos sin más restricciones que las que se deriven de la economía de mercado y sus reglas. Ninguna personalidad jurídica está autorizada a limitar el ejercicio de esta libertad, ni el Estado ni los demás ciudadanos ya sean una persona física o una persona jurídica. Esto implica que la CE garantiza que los ciudadanos confíen en que los demás se comportarán respetando las reglas de la libertad de empresa y de la economía de mercado. Las conductas de blanqueo de capitales suponen una intromisión ilegítima respecto del ejercicio de la libertad económica y de empresa y, condicionan la estabilidad y correcto funcionamiento de la economía de mercado constitucionalizada. Porque la introducción en el tráfico de aquellos bienes de procedencia delictiva representa la generación de ingresos y el enriquecimiento por vías ajenas a las establecidas en las reglas para el ejercicio del comportamiento económico lícito. Supone comunicativamente una desautorización de la norma que establece que el comportamiento económico lícito es el único que debe llevar a la generación de ingresos y enriquecimiento. El blanqueo de capitales ataca las

⁹² Vives Antón, T.: *Comentarios al Código Penal de 1995...*, *ob. cit.*, p. 1464.

⁹³ Aránguez Sánchez, C.: *El Delito de Blanqueo...*, *ob. cit.*, p. 91.

⁹⁴ Arias Holguín, P.: *Aspectos Político-Criminales...*, *ob. cit.*, p. 85.

⁹⁵ Vives Antón, T., González Cussac, J.: *Comentario...*, *ob. cit.*, p.1464.

⁹⁶ Aránguez Sánchez, C.: *El Delito de Blanqueo...*, *ob. cit.*, p. 91.

⁹⁷ Blanco Lozano, C.: «El blanqueo de capitales procedentes...», *ob. cit.*, pp. 73-74.

⁹⁸ Hetzer, en Aránguez Sánchez, C.: *El Delito...*, *ob. cit.*, p. 93.

⁹⁹ Lackner, en Aránguez Sánchez, C.: *El Delito...*, *ob. cit.*, p. 93.

¹⁰⁰ Se consideran países desarrollados aquellos que han logrado un alto grado de industrialización y que disfrutan de un alto estándar de vida, gracias a su riqueza y su tecnología, según la ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, la mayoría de los países de EUROPA, ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA, AUSTRALIA, NUEVA ZELANDA, JAPÓN Y COREA DEL SUR, pueden ser considerados como países desarrollados. Existen diversas maneras de medir el desarrollo de un país, el Banco Mundial y la ONU utilizan como medida, el ingreso per cápita, también se utiliza la paridad del poder adquisitivo, etc.

¹⁰¹ Por todos, Paz-Ares Rodríguez, C., Alfaro Águila-Real, J.: «Comentario art. 38 CE», en *Comentarios a la Constitución Española*, dir. Casas Baamonde, M., Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., coord. Pérez Manzano, M., Borrajo Iniesta, I., edit. Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 980 y ss.

¹⁰² Paz-Ares, C., Alfaro Águila-Real, J.: «Comentario art. 38 CE...», *ob. cit.*, p. 981.

Bien jurídico protegido por los delitos de blanqueo: blanqueo y receptación

bases en las que se asienta la sociedad referidas al respeto a la norma como garantía de la convivencia, el respeto a la norma económica como garantía de la convivencia fundada en la igualdad de oportunidades y la libertad de acción.

El delito de blanqueo de capitales es una figura jurídica que pretende evitar que accedan a los canales ordinarios de la economía legal, capitales obtenidos de manera delictiva con el fin de que no llegue a contaminarse esa economía y se produzcan efectos indeseables para la libre competencia, la competencia leal, el mercado financiero, en definitiva, la economía de mercado. Por lo que la concreción del bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales lo encontramos en la necesidad de mantener indemne el tráfico de bienes. Sólo garantizando la circulación de capitales cuyas fuentes sean legítimas, puede mantenerse el modelo de sistema económico impuesto constitucionalmente a través del art. 38 CE. El aspecto del orden socioeconómico que resulta afectado por el delito de blanqueo de capitales se concreta en la protección del tráfico lícito de bienes. La forma en que el legislador decidió proteger la libertad de empresa ejercida en el marco de las reglas de la economía de mercado ha sido prohibiendo que los ciudadanos se comporten o ejerciten su libertad económica utilizando bienes de origen delictivo, porque este comportamiento ya no está dentro de la libertad económica, sino que constituye su contrapunto antijurídico. Este objeto de tutela de la ley penal se encuentra en estricta consonancia con lo que en esencia es el blanqueo. Recordemos que la exposición de motivos al Proyecto de Código Penal de 1992 definía a las conductas de blanqueo como aquellas orientadas a la incorporación al tráfico económico legal de los bienes o dinero ilegalmente obtenidos. Comportamientos en los que se busca conseguir que los bienes de origen ilícito puedan ingresar en los perímetros de la economía legal, sin que se pueda detectar su origen (revisar en el Capítulo VI, la parte final del apartado 9.2).

7. Resultados en relación a la receptación

Todo lo que se ha concluido nos lleva a sostener que la dependencia interpretativa de la estructura típica del delito de receptación en función a la teoría del mantenimiento carece hoy de fundamento típico. La original concepción de la receptación y su creación

legal en función de aquella ha desaparecido, la receptación es mucho más que evitar que el receptor se beneficie a sí mismo y a que el autor del delito consiga el beneficio que procuró cuando emprendió su actividad ilícita o incluso evitar una afectación mayor al bien jurídico protegido por el tipo penal previamente infringido. La tesis que se planteó aquí y que ha sido suficientemente demostrada, es que al igual que el delito de blanqueo de capitales, la receptación, según la actual configuración de la sociedad, lo que persigue es evitar que se contamine el tráfico lícito de bienes en la economía con los efectos que surgen de la comisión de un delito patrimonial y contra el orden socioeconómico.

Aunque la doctrina mayoritaria sostenga que la teoría del mantenimiento está vigente respecto de la receptación por el hecho de que las reglas que se imponen en el núm. 3 del art. 298 para la regulación de la pena, tengan relación con el delito precedente o que los límites que ahí se estipulan tienen como fundamento la pena del delito previo. Para nosotros, este criterio corrobora no sólo la justificación de la existencia tanto del delito de blanqueo de capitales como del delito de receptación, sino que además, le otorga un criterio de racionalidad al sistema punitivo que prohíbe el blanqueo de bienes (efectos). Este sistema punitivo con base en una misma prohibición con diferentes ámbitos de aplicación protegería el mismo interés. La prohibición tendría dos niveles de protección: a) un delito de blanqueo de bienes (efectos) doloso comúnmente denominado receptación con una pena menor que oscila entre seis meses y tres años limitada en función del delito precedente; y, b) un delito de blanqueo de capitales doloso cuya pena oscila entre seis meses y seis años cuya pena no se encuentra limitada por el delito previo. De la diferenciación del ámbito de aplicación se deriva la punibilidad diferenciada. La punibilidad diferenciada, limitada a los delitos previos en el caso del art. 298 CP, está justificada porque el ámbito de aplicación de la receptación está referido a delitos patrimoniales que en general son menos graves que aquellos de los que surgen los bienes en el delito de blanqueo de capitales del art. 301 CP: narcotráfico, terrorismo, trata de mujeres, malversación, cohecho, etc. Esta es una interpretación que coincide con las razones político criminales (tradicionales y modernas) de ambos tipos penales.

8. Bibliografía

- Abel Souto, M.: *El delito de blanqueo en el Código Penal Español*, edit. Bosch, Barcelona, 2005.
- Aliaga Méndez, J.: «Aspectos institucionales del blanqueo en España: fuentes de información», en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Estudios de Derecho Judicial, dir. Zaragoza Aguado J., núm. 28, Madrid, 2000.
- Álvarez Pastor, D., EGUIDAZU PALACIOS, F.: *Prevención del Blanqueo de Capitales*, edit. Aranzadi, Pamplona, 1998.
- Aránguez Sánchez, C.: *El Delito de Blanqueo de Capitales*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2000.
- Arias Holguín, P.: *Aspectos Político-Criminales y Dogmáticos del tipo de Comisión Dolosa de Blanqueo de Capitales (Art. 301 CP)*, edit. Iustel, Madrid, 2011.
- Bacigalupo Zapater, E.: «Estudio comparativo del Derecho penal de los Estados miembros de la UE sobre la represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido», en *Curso de Derecho Penal Económico*, dir. Bacigalupo Zapater, E., edit. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998.
- Bajo Fernández, M., Bacigalupo Seggese, S.: *Derecho penal económico*, edit. Ramón Areces, segunda ed., Madrid, 2010.
- Bajo Fernández, M.: «Derecho Penal Económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales», en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*, Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Universidad Autónoma de Madrid del 14 al 17 de octubre de 1992, publicado en el Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.
- Bajo Fernández, M.: «El desatinado delito de blanqueo de capitales», en *Política criminal y blanqueo de capitales*, editores: Bajo Fernández, M., Bacigalupo Seggese, S., edit. Marcial Pons, Madrid, 2009.
- Bajo Fernández, M.: «Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales económicos», en *Homenaje a Juan del Rosal, Política criminal y reforma penal*, edit. Edersa, Madrid, 1993.
- Beck, U.: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, edit. Paidós, Barcelona, 2006.
- Bermejo, M.: *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del Derecho*, Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2010.
- Blanco Cordero, I.: *El delito de blanqueo de capitales*, edit. Aranzadi, tercera edición, 2012.
- Blanco Lozano, C.: «El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas en el ordenamiento penal español», en *Comentarios a la legislación penal*, t. XVII, dir. Cobo del Rosal, M., coord. Bajo Fernández, M., edit. Edersa, Madrid, 1996.
- Bolaños, A.: «Hacienda recauda 1.200 millones gracias a la amnistía fiscal, la mitad del objetivo», en *El País*, 3 de diciembre de 2012.
- Botke, W.: «Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania», en *Revista Penal*, núm. 2, 1998.
- Bramont Arias, L.: «Algunas precisiones referentes a la Ley Penal contra el Lavado de Activos», en *L.H. al Prof. Bramont Arias, L.* edit. San Marcos, Lima, 2003.
- Calderón Tello, L.: *El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y la receptación*, Facultad de Derecho, UCM, Madrid, 2016.
- Cobo del Rosal, M., Zabala López-Gómez, C.: *Blanqueo de Capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios*, edit. CESEJ, 2005.
- De la Mata Barranco, N.: *Límites de la sanción en el delito de receptación: la receptación sustitutiva y la teoría del mantenimiento*, edit. Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- Del Carpio Delgado, J.: *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- Delgado Martín, J.: *Criminalidad Organizada*, edit. Bosch, Barcelona, 2001.
- Díez Ripollés, J.: «El blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas. La receptación de la legislación internacional en el ordenamiento penal español», en *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria, CDJ*, dir. MARTÍNEZ ARRIETA A., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- Feijóo Sánchez, B.: «Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. Esbozo de una teoría general de los delitos económicos», en *InDret*, 2/2009.
- García Valdés, C.: *Derecho penal práctico*, PE, edit. Ramón Areces, Madrid, 1999.
- Garzón Real, B.: «Cooperación jurídica internacional en el ámbito del blanqueo de dinero y espacio de seguridad, libertad y justicia en la Unión Europea», en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*,

Bien jurídico protegido por los delitos de blanqueo: blanqueo y receptación

- Estudios de Derecho Judicial, dir. Zaragoza Aguado, J., núm. 28, Madrid, 2000.
- Gimbernat Ordeig, E.: «¿Regularización o amnistía fiscal?», en *Otras Voces*, Tribuna, Política, Económica, Diario EL MUNDO, 18 de abril de 2012.
- Gómez Iniesta, D.: *El Delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, edit. Cedecs, Barcelona 1996.
- Gómez Pavón, P.: «El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento», en *CDJ*, Madrid, 1994.
- González Cussac, J., Vives Antón, T.: *Comentarios al Código Penal de 1995*, t. II, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- González Rus, J.: «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en *Derecho Penal Español*, PE, edit. Dykinson, segunda ed., coord. Cobo del Rosal, M., Madrid, 2005.
- González Rus, J.: «Delitos contra la propiedad», en *Curso de Derecho penal español*, PE I, dir. Cobo del Rosal, M., Madrid, edit. Edersa, 1992.
- Lamarca Pérez, C., Alonso de Escamilla, A., Gordillo Álvarez-Valdés, I., Mestre Delgado, E., Rodríguez Núñez, A.: *Derecho penal*, PE, edit. Colex, sexta ed., coord. Lamarca Pérez, C., Madrid, 2011.
- Martínez-Bujan Pérez, C.: *Derecho penal económico y de la empresa*, Parte Especial, edit. Tirant lo Blanch, tercera ed., 2011.
- Muñoz Conde, F., Aunión Acosta, B.: «Drogas y Derecho Penal», en *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 5, 1991.
- Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal*, Parte Especial, edit. Tirant lo Blanch, décimo novena ed., Valencia, 2013.
- Navas, J.: «La amnistía afloró 40.000 millones, pero Hacienda recaudó sólo el 3%», en *El Mundo*, 23 de enero de 2013.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Centro de Información, sobre la normativa de las convenciones y otros instrumentos cuyos textos aparece en las resoluciones de Asamblea General, en la página web <http://www.un.org/spanish/documents/instruments>.
- Palma Herrera, J.: *Los delitos de blanqueo de capitales*, edit. Edersa, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999.
- Paz-Ares Rodríguez, C., Alfaro Águila-Real, J.: «Comentario art. 38 CE», en *Comentarios a la Constitución Española*, dir. Casas Baamonde, M., Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., coord. Pérez Manzano, M., Borrajo Iniesta, I., edit. Wolters Kluwer, Madrid, 2008.
- Quintero Olivares, G.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, dir. Quintero Olivares, G., Morales Prats, F., edit. Aranzadi, Pamplona, quinta ed., 2005.
- Ragués I Vallés, R.: «Lavado de Activos y Negocios Standard», en *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales*, en Homenaje al Prof. Claus Roxin, edit. La Lectura-Lerner, Córdoba, 2001.
- Requejo Pagés, J.: «Amnistía e Indulto en el Constitucionalismo Histórico Español», en *Revista de Historia Constitucional*, núm. 2, 2001.
- Ruíz Vadillo, E.: «El blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1641, 1992.
- Sánchez-Calero Guilarte, J.: «Creación de Valor, Interés Social y Responsabilidad Social Corporativa», en *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*, t. II, coords. Rodríguez Artigas y otros, edit. Aranzadi, 2006.
- Santana Vega, D.: «IX. Encubrimiento. Diferencias con receptación y blanqueo», en *Derecho penal*, PE, t. I., edit. Tirant lo Blanch, dir. Corcoy Bidasolo, M., Valencia, 2011.
- Santana Vega, D.: *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, edit. Dykinson, Madrid, 2000.
- Stiglitz, J.: *El malestar en la globalización*, edit. Taurus, Bogotá, 2002.
- Suárez González, C.: «Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española», en *CPC*, núm. 58, 1996.
- Suárez González, C.: «III. Receptación y blanqueo de capitales», en *Compendio de Derecho penal*, PE, vol. II, dir. Bajo Fernández, M., edit. Ramón Areces, Madrid, 1998.
- Tiedemann, K.: *El concepto de Derecho Económico, de Derecho Penal Económico y de delito económico*, en *CPC*, núm. 28, Barcelona, 1986.
- Tiedemann, K.: *Lecciones de Derecho Penal Económico*, edit. PPU, Barcelona, 1993.
- Tiedemann, K.: *Manual de Derecho Penal Económico*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Tiedemann, K.: *Poder económico y delito*, edit. Ariel, Barcelona, 1985.

Vidales Rodríguez, C.: *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

Vives Antón, T., Orts Berenguer, E., Carbonell Mateu, J., González Cussac, J., Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho Penal, Parte Especial*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Vives Antón, T.: *Fundamentos del Sistema penal*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

Zaffaroni, E.: *Derecho Penal, Parte General*, edit. Ediar, segunda ed., Buenos Aires, 2002.

9. Legislación

LO 10/1995 del Código Penal.

Constitución Española, Boletín Oficial del Estado del 29 de diciembre de 1978.

Real Decreto-ley 12/2012 de 30 de marzo.

LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995 del Código Penal.

Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Un enfoque de las víctimas del delito a partir de los derechos humanos

Manuel Jorge Carreón Perea

Instituto Nacional de Ciencias Penales

RESUMEN: El presente documento tiene como propósito el reflexionar en torno a la relación que guardan los derechos humanos con el sistema de justicia penal acusatorio, analizando los principios, obligaciones y deberes estatales que tienen las autoridades a partir de la reforma constitucional de 2011.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, derecho penal, sistema de justicia, víctimas.

ABSTRACT: This paper aims to discuss the relationship between human rights and the accusatory system of criminal justice. It analyzes the principles, rights and duties given to the authorities by the constitutional reform implemented in 2011.

KEY WORDS: Human rights, criminal law, justice system, victims.

SUMARIO: 1. Primer acercamiento. 2. Derechos humanos. 3. La víctima en el proceso penal acusatorio. 4. Disertación y conclusión general. 5. Bibliografía.

Rec: 15-12-2016 | Fav: 30-01-2017 | Código ORCID: orcid.org/0000-0002-5564-3703

1. Primer acercamiento

La proximidad que prevalece entre el Derecho penal y los derechos humanos no siempre ha sido evidente tanto en el plano dogmático como en el fáctico. Bajo esta tesitura, existen posiciones que señalan una diferencia explícita entre ambos, que radica en la aparente dicotomía entre la facultad de castigar e imponer sanciones por parte del Estado, que se adscribe al Derecho penal, y aquellas obligaciones que tiene éste (el Estado) para asegurar una vida digna de todas las personas que lo conforman.

La posición planteada en el párrafo precedente, parte de una falla de origen consistente en atribuir al

Derecho penal una *facultad de castigar* a todo aquel que por la comisión de una conducta tipificada como delito, siendo precisamente lo opuesto: este tipo de Derecho representa el límite el *ius puniendi* estatal, es decir, establece el marco estricto sobre el cual se puede o no castigar a una persona, consistiendo por ende en una forma de asegurar no sólo el principio de legalidad, sino también la protección de la persona y la dignidad que le es intrínseca.

A partir de la reforma constitucional en materia de seguridad y justicia del 18 de junio de 2008, paulatinamente se ha buscado eliminar esta visión negativa del Derecho penal y específicamente de su aspecto procedimental, a partir de una reestructura integral del sis-

Un enfoque de las víctimas del delito a partir de los derechos humanos

tema de justicia que abarca tanto elementos legislativos, judiciales, institucionales y administrativos, teniendo como eje principal el respeto a los derechos humanos, principalmente de la víctima/ofendido e imputado.

El proceso formal mixto (denominado también, aunque de forma errónea, *inquisitivo*) merced a excesos procesales y a las actuaciones poco transparentes por parte de sus operadores, ha mostrado las deficiencias que prevalecieron en el sistema de justicia penal mexicano durante gran parte del siglo XX e inicios del XXI, lo cual, siendo justos, no puede atribuirse de manera unidireccional a la esfera penal, ya que confluyen diversos elementos que han hecho evidente la necesidad de dar paso a un nuevo sistema de justicia, los cuales se expondrán a continuación.

En primer lugar, el proceso formal mixto se desarrolló en una etapa histórica en el cual el país vivió los primeros pasos para la consolidación de un Estado democrático de Derecho, lo cual suscitaba que aún cuando existieran derechos civiles y políticos previstos en la Constitución Federal, en el mundo fáctico la situación era distinta: la hegemonía de un partido único en el poder que controlaba las instancias electorales, limitaban la participación ciudadana y, más importante aún, aquellos que se oponían abiertamente a las actuaciones estatales era reprimidos o silenciados por diversos métodos y vías.

En este contexto y sobre todo en las décadas de los 70's y 80's del siglo pasado, se presentaron una serie de acciones sistemáticas y coordinadas para minimizar los posibles riesgos que traían consigo los opositores al régimen que se incrustaron en la denominada *guerra sucia*, lo cual generó un desconfianza por parte de la población en las instituciones, además de propiciar un ambiente de impunidad que dejaba en estado de indefensión a a población al momento de buscar acceder a la justicia.

Por otro lado, debemos recordar que de los años 1958 a 1970 se presentó en México el célebre *desarrollo estabilizador*, el cual buscaba consolidar una política económica que lograra un desarrollo económico y social sostenido a partir de los siguientes propósitos:

- 1) Crecer más rápidamente;
- 2) detener las presiones inflacionarias;
- 3) elevar el ahorro voluntario;
- 4) incentivar la inversión;
- 5) mejorar la productividad del trabajo y del capital;
- 6) aumentar los salarios reales;
- 7) mejorar la

participación de los asalariados en el ingreso y, 8) mantener el tipo de cambio.¹

En este sentido y una vez culminado este *desarrollo estabilizador*, se comenzaron a presentar de manera paulatina pero ininterrumpida una serie de crisis económicas en nuestro país (1976, 1982, 1994-1995 y 2008), las cuales no sólo tuvieron un impacto directo en la economía nacional sino que incidieron en otros ámbitos como lo es el sistema de justicia, lo cual se entiende por el aumento de los índices de delincuencia e inseguridad derivados precisamente de las crisis económicas, situación que trajo consigo una sobresaturación de la justicia penal y, de manera paralela, mayores niveles de impunidad al fomentar una cultura basada en la corrupción.

Asimismo, debemos considerar que la situación geopolítica de México a partir de la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA por sus siglas en inglés) en la década de los noventa del siglo pasado, abrieron una nueva visión sobre el papel de México en el ámbito internacional, lo cual también se tradujo en la necesidad de impulsar reformas sustantivas en materia jurídica e institucional para hacer frente a los retos que traía consigo un nuevo panorama del país situado en un mundo globalizado.

Finalmente, cabe recordar que a partir de 1990 México ha vivido una transformación radical en lo que respecta al establecimiento de una cultura de respeto a los derechos humanos, ya que en dicha dicho año se crea la *Comisión Nacional de Derechos Humanos* como organismo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, pasando dos años después a convertirse en un organismo público autónomo, fortaleciéndose su independencia en 1999 y ampliando sus facultades en el año 2011, en el cual se consolidó la más importante y trascendente reforma en materia de derechos humanos que se ha vivido en nuestro país, sin dejar de mencionar otras acciones fundamentales como la aceptación de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diciembre de 1998 y la firma del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, entre otras.

Estos factores, junto a muchos otros que fueron trascendentes pero en razón del objetivo de este artículo no pueden ser expuestos aquí, fueron trascen-

¹ Tello, Carlos, *Estado y Desarrollo Económico: México 1920-2006*, México, UNAM, p. 362.

dentales para pensar en la instauración de un nuevo sistema de justicia penal acorde a los principios y valores que se buscan impulsar en un Estado democrático de Derecho y de respeto a los derechos humanos; en otras palabras:

Es evidente que nuestro sistema de justicia penal presenta diversos inconvenientes, dificultades y problemáticas que fueron generando, en el ánimo de los gobernados, todo un esquema de inconformidad, de incertidumbre, de inseguridad jurídica, y sobre todo una desconfianza en las autoridades ministeriales, policiales y judiciales.

Frecuentemente se habla de la inseguridad, la impunidad, la corrupción, la incapacidad profesional, como las cuatro circunstancias que fueron convirtiéndose en el punto de referencia de nuestro sistema de justicia penal y que trajeron como consecuencia la búsqueda por el cambio, pues era necesario acabar con estos aspectos que evidentemente generaron un ambiente de retroceso en el tema de justicia penal; pero lo que tenemos que reflexionar es ¿por qué llegamos hasta este punto?, ¿quienes participan en el ejercicio del poder punitivo fueron los que nos llevaron a esa conflictiva? Dichas interrogantes son válidas, porque al final de cuentas quien construye la política criminal, quien aplica la norma, quienes llevan a cabo la definición de la utilización del Derecho penal o del sistema de justicia penal en general, es el propio Estado, especialmente, a quienes se les ha delegado el poder dentro del que se encuentra el punitivo.²

Ahora bien y retomando una de las interrogantes planteadas en la cita previa “¿por qué llegamos hasta este punto?”, consideramos que la necesidad de un nuevo sistema de justicia penal se debió, en gran medida, a la necesidad de aproximar la esfera del Derecho Penal con los derechos humanos, lo cual no es

menor si atendemos el tipo de bienes jurídicos que tutelan cada uno desde su propio ámbito³.

Así las cosas, el presente escrito tiene como finalidad trazar un puente entre el Derecho penal y los derechos humanos, a partir del papel que tiene la víctima en el proceso penal acusatorio (en adelante PPA o proceso penal), considerando de manera necesaria las obligaciones estatales en materia de derechos humanos que tiene el Estado con respecto a ésta (la víctima).

De esta forma, el guiño que se seguirá para tal efecto es el siguiente: en primer lugar se expondrá el concepto de derechos humanos y las distintas variables que devienen del mismo; paso seguido, se analizará la figura de la víctima en el proceso penal, partiendo desde su consideración nominativa, para finalmente desarrollar la importancia que tiene la salvaguarda de los derechos de la víctima en el marco del PPA.

2. Derechos humanos

Debemos partir de una consideración que se encuentra inmersa en la naturaleza misma de los derechos humanos:⁴ cuando nos referimos a este tipo de derechos nos encontramos ante un concepto polisémico y que difícilmente puede rechazar las interpretaciones que se hagan sobre ellos; en otras palabras “En la actualidad, de hecho existen numerosos conceptos que han tratado de consignar (...) una definición de los derechos humanos. De tal forma, la importancia de establecer una connotación adecuada de los derechos humanos es necesaria para diferenciarla con otro tipo de derechos con los que pudieran confundirse”.⁵

En este sentido, la aparente vaguedad conceptual que reviste a los derechos fundamentales nos permite encontrar una multiplicidad de definiciones sobre las cuales podemos operar su contenido teórico y práctico, tal como se hará patente a continuación.

² Mirón Reyes, Jorge Antonio, “Los principales retos de la reforma penal para una debida protección de derechos humanos en México” en *Reflexiones en torno al Código Nacional de Procedimientos Penales*, Coord. José Héctor Carreón Herrera, México, INEPPA, 2015, pp. 40-41.

³ Sobre el particular, podemos señalar que “Derivado de los grandes cambios sociales, económicos y culturales que se han presentado en el mundo contemporáneo, la ciencia jurídico-penal ha comenzado a adecuar su espectro de proyección con miras a generar mejores posibilidades de acción e interdisciplinariedad en el ámbito de la procuración y administración de justicia, sobre todo por lo que hace a la racionalización y humanización de las atribuciones conferidas a las agencias que desarrollan estas dos importantes funciones, es decir, la institución del Ministerio Público y el Poder Judicial” Carreón Perea, Héctor, “Precisiones acerca de la criminalización en la legislación penal y procesal penal mexicana” en *Iter Criminis. Revista de ciencias penales*, México, INACIPE, Número 14, Sexta Época, julio – septiembre de 2016, p. 140.

⁴ A lo largo del documento se hará un uso indistinto de los términos *derechos humanos* y *derechos fundamentales*, al considerarse que ambos son homónimos y que la aparente diferenciación conceptual que algunos autores operan sobre ella, no resulta esencial para comprender sus implicaciones y que además, representa un ejercicio retórico de tecnicismo jurídico, lo cual impide la socialización de sus contenidos a un grupo mayor que los asociados con las normas.

Un enfoque de las víctimas del delito a partir de los derechos humanos

Como ejemplo de lo anterior, podemos partir del análisis de algunas definiciones que han sido propuestas por autores de diversas latitudes y concepciones jurídicas diferentes; así, una primera consideración es la propuesta por Luigi Ferrajoli en su obra *Derechos y garantías*, para el cual una definición teórica de los mismos es la que se expone a continuación:

... son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status*, la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídica y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.⁶

La definición propuesta por Ferrajoli nos brinda un panorama sobre el sujeto al cual se adscriben o, en otros términos, el titular de los mismos, plasmando además una visión sobre la subjetividad que permea precisamente a este tipo de derechos los cuales, en palabras de Robert Alexy, se traducen en un tipo de norma específica ya que “Siempre que alguien tiene un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le atribuye este derecho”.⁷

La visión de Alexy, se contrapondría con la planteada por Antonio Carrillo Flores para el cual “...lo que llamamos derechos humanos, aunque interesa – y mucho- a los juristas rebasan su disciplina, porque si bien numerosos de ellos tienen –o tendrá- la forma de reglas jurídicas, otros son simplemente valores, aspiraciones de justicia social en el marco de una o varias culturas”.⁸ Rescatando esta idea en diálogo con la postura de R. Alexy, podemos observar que existe una contraposición clara: por un lado, el autor alemán marca la interrelación entre derechos humanos con una norma positiva que hace exigible ese derecho, mientras que la posición de Carrillo es tendiente a

inscribirlos en el ámbito de la moral, extendiendo sus implicaciones a otras esfera no jurídicas.

Sin establecer una postura a favor de uno u otro autor, se debe conceder que (siguiendo a Carrillo Flores) los derechos humanos efectivamente tienen un impacto e injerencia directa en otros ámbitos más allá de lo legal, como lo podría ser la sociología, la política y la filosofía; no obstante lo anterior, también es cierto que este tipo de derechos deben encontrarse positivados y bajo ninguna manera considerarlos únicamente como valores culturales, ya que romperíamos con el principio de universalidad que subyace en los mismos y, más importante aún, de un medio para exigirlos.

De esta forma, una visión adicional sobre el concepto de derechos humanos sería la expuesta por Liborio L. Hierro, para el cual:

Estos derechos pueden definirse (...) como aquellas libertades, inmunidades, pretensiones y potestades que corresponden a todo ser humano como condición necesaria para realizarse como sujeto moral y cuya satisfacción es condición necesaria y suficiente para justificar la existencia, el origen y el contenido de un sistema jurídico. Desde el punto de vista de que cualquier ser humano es, como agente moral, titular de los derechos subjetivos necesarios para realizarse como tal agente moral, las cuestiones suscitadas por el concepto de justicia se resuelven, todas ellas, a partir del mismo principio. Se asume, en primer lugar, que la justificación de la existencia de un orden legal deriva de que es necesario para el desarrollo de la autonomía individual (...); se asume, en segundo lugar, que la justificación (o legitimidad) de la competencia normativa deriva de la autonomía de los destinatarios de las normas (del consentimiento); y se asume, por fin, que las normas son justas si y sólo tienen como contenido la protección y la promoción de esa misma autonomía.⁹

Tomando en consideración esta última definición, así como aquellas que han sido citadas en párrafos que anteceden al presente, proponemos la siguiente que, además, servirá de guía para el desarrollo

⁵ Mirón Reyes, Jorge Antonio, “Conceptualización de los derechos humanos”, en *La ciencia penal y la política criminal en el umbral del siglo XXI*, México, INACIPE, 1996, p. 206.

⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2010, p. 37.

⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 31.

⁸ Carrillo Flores, Antonio, “La naturaleza de los derechos humanos”, en *Revista Mexicana de Justicia*, No. 1, Vol. IV, Enero-Marzo 1986, México, PGR-PGJDF-INACIPE, 1986, p. 104.

⁹ Hierro, Liborio, “El concepto de justicia y la teoría de los derechos” en *Estado, justicia, derechos*, Coord. Elías Díaz y Luis Colomer, Madrid, Alianza, 2002, pp. 32-33.

ulterior del escrito; de esta forma, los derechos humanos pueden ser comprendidos como *derechos esenciales, subjetivos e inalienables, que tutelan libertades fundamentales, aseguran la igualdad y garantizan la satisfacción de mínimos necesarios para una vida digna*. A continuación analizaremos la estructura y contenido de la definición propuesta con antelación.

En primera instancia los *derechos humanos* son normas jurídicas, lo cual puede resultar una obviedad pero dada su naturaleza y al encontrarse íntimamente ligados a otras esferas de la vida social, es importante retomar su contenido legal; asimismo, debemos considerar que guardan una estructura definida que podría traducirse en la siguiente fórmula:

A tiene derecho a X, el cual será garantizado por E al encontrarse regulado en C.

Por ejemplo

Ezequiel tiene derecho a la libertad de circulación, el Estado debe garantizarlo conforme lo prevé el artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El ejemplo anterior, nos permite observar que los derechos humanos poseen un sujeto que los ejerce pero, e igual de importante, existe un sujeto obligado a asegurar su cumplimiento que en este caso son las autoridades de los tres órdenes y niveles de gobierno, es decir, el Estado. Lo anterior no resulta mínimo si consideramos que son precisamente los servidores públicos aquellos que pueden *vulnerar o violentar* derechos fundamentales, lo cual se hace visible en la definición de violación de derechos humanos prevista en la Ley General de Víctimas, que en su artículo 6, fracción XXI señala lo siguiente:

Violación de derechos humanos: Todo acto u omisión que afecte los derechos humanos reconocidos en la Constitución o en los Tratados Internacionales, cuando el agente sea servidor público en el ejercicio de

sus funciones o atribuciones o un particular que ejerza funciones públicas. También se considera violación de derechos humanos cuando la acción u omisión referida sea realizada por un particular instigado o autorizado, explícita o implícitamente por un servidor público, o cuando actúe con aquiescencia o colaboración de un servidor público.

Como puede advertirse, las conductas de los servidores públicos que atentan contra los derechos humanos previstos en la Constitución Federal o los tratados internacionales¹⁰ son consideradas como violaciones de este tipo de derechos, lo cual también se suscita cuando existe un incumplimiento de las obligaciones estatales en la materia, mismas que referiremos más adelante.

Ahora bien y siguiendo el curso de la argumentación planteada en párrafos precedentes, tenemos que además de constituirse como derechos en el sentido estricto del término, son de una naturaleza particular, ya que se constituyen como *esenciales* e inalienables; en el primer caso, tenemos que se encuentran dirigidos o destinados a la persona, entendiendo a ésta como todo ser humano acorde a lo dispuesto por el artículo primero de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹¹ Así, debemos considerar que son esenciales en función de formar parte de la naturaleza moral y jurídica de la persona, anteriores por ende al Estado pero dependiendo obviamente de que éste los reconozca; asimismo, al encontrarse ligados de manera *inherente* a la persona, todo sujeto puede identificar en el otro un ente con derechos iguales a los que posee, es decir y en palabras de Jean-Francois Lyotard “Lo que hace a los seres humanos semejantes es el hecho de que cada ser humano lleva consigo la figura del otro”.¹²

Por otro lado, la inalienabilidad de los derechos fundamentales se asocia con el hecho de que sus titulares no pueden *enajenarlos* o renunciar a ellos, aún cuando ésta sea su voluntad. En otros términos, este tipo de derechos no son disponibles para ningún sujeto y, por ende, ni siquiera para sus propios titulares, los

¹⁰ Entendiéndose por tratado “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular” de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2, inciso a) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, diferenciándose de los instrumentos declarativos, los cuales no son vinculantes para los Estados.

¹¹ Se establece esta acotación por mor de las diferentes corrientes que atribuyen derechos humanos no sólo a la persona física, sino también a las morales e incluso a los animales. Si bien es un debate que vale la pena retomar por su trascendencia doctrinal, no se estima conveniente desarrollarlo en el presente trabajo al exceder la intención que pretende.

¹² Lyotard, Jean-Francois, “Los derechos de los otros” en *De los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 1998, p. 137.

Un enfoque de las víctimas del delito a partir de los derechos humanos

cuales pueden optar por no ejercerlos, pero se encuentran impedidos a declarar su renuncia plena a ellos. En el caso de la legislación nacional encontramos un ejemplo que puede ayudarnos a comprender esta posición: el artículo 5 de la Constitución Nacional, señala en su párrafo quinto que “El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa”, advirtiéndose que no sólo la persona se encuentra impedida a celebrar acuerdos que revoken la titularidad de sus derechos, ya que el Estado se encuentra obligado a evitar y dar validez a figuras jurídicas que permitan esta situación.

En lo concerniente a las libertades fundamentales, debemos considerar en un primer momento que la libertad se entiende como la carencia de limitantes externas sobre la voluntad personal, siendo entendida bajo dos vías: una positiva (hacer) y otra negativa (no hacer).

Ahora bien, los derechos humanos no sólo remiten a un aspecto interrelacionado con la libertad, la cual es parte fundamental del desarrollo de la personalidad de cada ser humano, pero si tenemos que la condición de cada sujeto es diferente por condiciones sociales, culturales y económicas, las cuales marcan una diferencia sustancial con respecto a la posibilidad de ejercer o exigir derechos, es indispensable que el tipo de derechos que hemos venido trabajando no sólo se encuentren referidos a un ámbito relacionado con la voluntad, sino que también aseguren que todas las personas sean tratadas de la misma forma sin considerar sus diferencias adjetivas o no sustanciales, es decir, se vinculan con la igualdad, que puede ser analizada en tres esferas:

1. Igualdad formal: Aquella que asegura el mismo trato y aplicación de la ley a todas las personas, lo cual garantiza a su vez que no exista un detrimento al ejercicio de derechos por razones como la edad, nacionalidad, preferencia sexual, situación económica, raza, sexo, entre otras. Un ejemplo de este tipo de igualdad la encontramos en el párrafo primero del artículo 4 de la Constitución Federal cuando señala que “El varón y la mujer son iguales

ante la ley” o en el numeral 12 del mismo ordenamiento “En los Estados Unidos Mexicanos no se concederán títulos de nobleza, ni prerrogativas y honores hereditarios, ni se dará efecto alguno a los otorgados por cualquier otro país”. En ambos casos, se establece una aplicación indeferenciada de la ley, aunque en dos sentidos: en el primer supuesto, remitiendo a asegurar una igualdad de género y, en el segundo, busca evitar que exista un trato privilegiado a un grupo determinado.

2. Igualdad material: Aún cuando existe una igualdad en sentido formal que asegura la misma aplicación de la ley, es evidente que en las sociedades actuales se presenta una marcada diferencia entre las personas originada por diversos factores como lo son la economía, la cultura, la política, el diseño arquitectónico de las calles, entre otros, lo cual conlleva a que determinados grupos de personas se vean impedidos a ejercer de manera plena los derechos que les son inherentes, por ejemplo, una persona en silla de ruedas se encuentra en serias dificultades de cruzar de una acera a otra si no existen rampas o, en un supuesto en materia penal, una persona sin recursos económicos se encontrará en desventaja en un proceso al no tener dinero suficiente para contratar a un abogado. En este orden de ideas, es necesario que las autoridades estatales intervengan para generar condiciones de igualdad que permitan ejercer y exigir los derechos; retomando los ejemplos planteados, en el primer caso se deben acondicionar calles y aceras accesibles para personas que padecen alguna discapacidad, mientras que en el segundo de ellos, es imprescindible asegurar la igualdad entre las partes, conforme lo prevé el Código Nacional de Procedimientos Penales.

3. Igualdad procesal: La última de las esferas de igualdad se encuentra dirigida al ámbito procesal, lo cual no sólo se limita a la materia penal ya que abarca todo tipo de proceso; pero también es cierto que en dicho ámbito (el penal) es posible donde adquiere mayor visibilidad en razón de ligarse al Estado como parte acusadora.¹³ En este sentido, la igualdad procesal en el marco del proceso penal acusatorio es fundamental

¹³ Aunque, cabe señalar, es imprescindible considerar que en el proceso penal acusatorio existe la figura denominada *acción penal privada*, la cual tiene su fundamento en el segundo párrafo del artículo 21 constitucional, en donde se establece que “El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial”.

para que éste alcance la finalidad y objetivos que percibe, lo cual se liga a su vez al principio de contradicción que subyace al citado proceso y el cual implica que ambas partes podrán "...conocer, controvertir o confrontar los medios de prueba, así como oponerse a las peticiones y alegatos de la otra parte...".¹⁴ En este sentido, el Código Nacional de Procedimientos Penales prevé en sus artículos 10 y 11 la igualdad ante la ley, así como entre las partes respectivamente.

Ahora bien y con el propósito de agotar los elementos de la definición de derechos humanos que hemos propuesto, es imprescindible señalar que esta clase de derechos no sólo se encuentran dirigidos a asegurar un espacio propicio para que las libertades fundamentales puedan desarrollarse en un marco de igualdad ya que, de la misma forma, deben encaminarse a lograr que las personas vean satisfechas un conjunto de necesidades mínimas que resultan imprescindibles para asegurar su existencia, como lo son la vivienda, alimentación, el vestido, la educación, el agua, entre otras, pero siempre teniendo presente que la referencia al mínimo no debe ser entendida como limitativa sino ligada a una vida digna.

Este último punto es fundamental, ya que la satisfacción de los mínimos aludidos no debe interpretarse en un sentido de garantizar únicamente el derecho, sino que el elemento a través del cual éste se materializa (por ejemplo el agua) sea suficiente para que la persona pueda llevar una vida acorde a sus necesidades y deseos, que a la par permita su libre y pleno desarrollo.

Ahora bien, hemos señalado en párrafos anteriores que el Estado es el sujeto obligado con respecto a los derechos humanos, lo cual implica que sus actuaciones deben encontrarse ligadas a principios, obligaciones y deberes específicos, los cuales en el caso de la Constitución Federal se encuentran consagrados en el párrafo tercero del artículo 1º del ordenamiento citado, las cuales se desarrollarán a continuación:

2.1. Principios de los derechos humanos

El artículo 1º, párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala la exis-

tencia de cuatro principios que rigen a los derechos humanos en el territorio nacional, los cuales sirven a su vez como directrices de las actuaciones estatales en la materia.

Bajo esta tesis, el principio de universalidad es posiblemente uno de los más conocidos por encontrarse dirigido a los sujetos titulares de los derechos; así, debemos recordar que universalidad deviene del vocablo latino *universalis* que puede traducirse como característico de todos los elementos de un conjunto, que en el caso que nos ocupa son todas las personas sin importar sus condiciones no esenciales como la nacionalidad, raza, profesión de fe, pertenencia étnica, entre otras.

No obstante lo anterior, debemos considerar que la universalidad de los derechos fundamentales no se reduce a una concepción sobre la titularidad de los mismos, ya que de igual forma debe entenderse que no basta con tener reconocido el derecho sino también que existan posibilidades reales y efectivas para poder disponer o materializar su contenido por parte de todas las personas; en otras palabras:

...la universalidad, desde un punto de vista práctico, debe permitir la ampliación de los titulares de los derechos y de las circunstancias protegidas por esos derechos. Los criterios de interpretación y aplicación deben responder a este principio general, que pretende cubrir a la mayor cantidad de titulares de derechos bajo su protección. Lo anterior implica que debe mirarse tanto a quienes directamente se busca proteger como a las demás personas, especialmente a las más desprotegidas. El principio de universalidad de los derechos humanos puede servir como un marco conceptual de inclusión de culturas y de los más desventajados.¹⁵

Ahora bien, el principio de interdependencia puede ser comprendido como aquel que determina la interconexión que prevalece entre los derechos humanos, es decir, el ejercicio de un derecho generalmente incide en la materialización de otros; de igual forma, la vulneración o afectación de alguno de ellos, tiene repercusiones directas en otro u otros que se encuentran relacionados con el afectado. Como ejemplo: el derecho a la educación permite

¹⁴ Artículo 6, Código Nacional de Procedimientos Penales.

¹⁵ Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, "Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica" en *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Porrúa, 2012, p.147.

Un enfoque de las víctimas del delito a partir de los derechos humanos

el cumplimiento del derecho al desarrollo y a la información; en el supuesto de vulneración, una detención arbitraria afecta los derechos procesales y civiles de la persona que padece la vulneración de su libertad personal. En otros términos:

La interdependencia comprende, al menos, un par de relaciones donde: a) un derecho depende de otro(s) derecho(s) para existir, y b) dos derechos (o grupos de derechos) son mutuamente dependiente para su realización. En este sentido, el respeto, garantía, protección y promoción de uno de los derechos impactará en el otro(s) y/o, viceversa. De tal forma, la protección del derecho a la salud no puede quedar al margen de una revisión de otros derechos condicionantes, como la alimentación y el acceso al agua. Otro ejemplo, los derechos políticos (a votar, ser votado, dirigir los asuntos públicos y participar en la función pública) no debe mirarse de manera independiente de los derechos a la libertad de asociación, libertad de expresión e igualdad y no discriminación. Este grupo de derechos tiene una relación mutuamente dependiente.¹⁶

Siguiendo el desarrollo de los principios, el de indivisibilidad que, citando a Sandra Serrano y Daniel Vázquez, guarda una relación estrecha con el de interdependencia descrito con antelación, nos remite a comprender los derechos humanos desde una unidad de sentido, esto es, no pueden fragmentarse o considerarse como ajenos entre sí, o en palabras de los autores referidos con antelación:

El principio de indivisibilidad, por su parte, implica una visión holística de los derechos humanos, en la que todos los derechos se encuentran unidos, ya no por razones de dependencia, sino porque de una forma u otra ellos forman una sola construcción. Por tanto, si se realiza o se viola un derecho, impactará en los otros derechos, más allá de si existe o no una relación de dependencia inmediata entre ellos. La idea central es que la concreción de los derechos sólo puede alcanzarse mediante la realización conjunta de todos ellos.¹⁷

Finalmente, el principio de progresividad puede ser entendido como aquel que permite conocer los derechos fundamentales desde una visión prospectiva y no regresiva, con lo cual se quiere hacer patente que los derechos humanos una vez reconocidos no pueden ser eliminados o reducidos a un contenido; en otras palabras, si bien el Derecho se adecúa o sigue el camino trazado por el contexto (sea éste temporal, político, social, entre otros), en materia de derechos humanos siempre debe tenerse en presente que el contenido de éstos en todo momento debe mantenerse o mejorar. Así, la progresividad “constituye una obligación del Estado para asegurar el progreso en el desarrollo constructivo de los derechos humanos, al mismo tiempo, implica una prohibición para el Estado respecto a cualquier retroceso de los mismos”.¹⁸

Teniendo presente lo anterior, a continuación nos avocaremos a desarrollar lo que significan las obligaciones que tiene el Estado en materia de derechos humanos, así como sus implicaciones inmediatas y mediatas.

2.2. Obligaciones estatales

En un primer momento, debemos rescatar la idea referente a las obligaciones que tienen las autoridades en materia de derechos humanos, las cuales se prevén en el artículo 1º de la Carta Magna y son cuatro, a saber: respetar, proteger, garantizar y promover. Es importante señalar que estas obligaciones, estipuladas en el ordenamiento jurídico nacional desde el 10 de junio del año 2011, son vinculatorias para todos los servidores públicos de los tres órdenes y niveles de gobierno, lo cual incluso marca un avance con respecto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en su primer numeral sólo prevé dos tipos de obligaciones o compromisos por parte de los Estados (respeto y garantía); de esta forma debemos recordar que:

las obligaciones de promoción, respeto, protección y garantía de los derechos corren a cargo de todos los poderes, incluso considerando que algún nivel de gobierno tenga obligaciones reforzadas hacia ciertos derechos. A partir de tales deberes generales, podemos afirmar que

¹⁶ Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, p. 153.

¹⁷ *Ibidem*, p. 155.

¹⁸ Consultado en línea en http://www.cndh.org.mx/Que_son_Derechos_Humanos, 30.03.2016.

las autoridades de todos los niveles de gobierno también tienen la obligación positiva de tomar todas las medidas que sean pertinentes para tutelar y hacer eficaz un derecho.

(...)

En otras palabras, las autoridades de todos los niveles no solamente deben respetar los derechos mediante conductas de abstención, sino que deben hacer todo lo que está a su alcance para lograr la eficacia plena de los derechos, sin poder esgrimir ningún tipo de estructuración competencial para dejar de tomar medidas a favor de los derechos.¹⁹

Como se advierte, las autoridades tienen que materializar conductas (acciones u omisiones), que permitan a las personas ejercer los derechos que se encuentran reconocidos en la legislación (ya sea nacional vía la Constitución, o internacional por medio de los tratados internacionales) o, en caso de vulneración, prever los mecanismos para exigirlos, lo cual es viable a través de las obligaciones aludidas.

La primera de ellas (con lo cual no se pretende establecer una jerarquía) es la obligación de garantizar que implica la necesidad de que el Estado genere los instrumentos y mecanismos ideales para que las personas se encuentren en posibilidad de ejercer o, en su caso, de exigir los derechos humanos que les reconoce la Constitución Federal. Bajo esta tesitura, la garantía de este tipo de derechos implica "...la creación de la maquinaria institucional para tomar medidas y (...) la provisión de bienes y servicios para satisfacer los derechos; mientras que algunas serán de carácter inmediato, otras serán progresivas".²⁰

Por otro lado, la obligación de respetar conlleva la abstención de materializar conductas (acciones u omisiones) por parte de las autoridades (servidores públicos) que puedan vulnerar o poner en riesgo derechos humanos, los cuales pueden ser interpretados como un límite infranqueable a los actos de autoridad; en otras palabras, respetar implica que el Estado no debe, bajo ninguna circunstancia, interferir en el ejercicio o exigencia de los derechos de las personas, por ejemplo, no llevar a cabo conductas como la tortura, desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales o cualquier otra que viole derechos humanos.

De manera correlativa pero en sentido opuesto a la anterior, la obligación de proteger radica en que las autoridades de los tres poderes y niveles de gobierno, se encuentran compelidas a intervenir de manera inmediata en caso de presentarse una violación o posible vulneración de derechos humanos ya sea por particulares u otras autoridades, para con ello asegurar el mantenimiento del disfrute del derecho.

Finalmente, la última obligación a desarrollar es la de promover que puede entenderse bajo dos vías: la primera de ellas, refiere que el Estado se encuentra compelido a dar a conocer tanto los derechos, como su contenido a las personas que habitan en su territorio (así como aquellas que ingresarán al mismo, si atendemos a la manera en cómo se estructura el derecho a la libertad de circulación); en un segundo momento, esta obligación establece que no sólo basta difundir los derechos humanos, sino también incentivar su ejercicio.

Una vez expuestos las obligaciones en materia de derechos fundamentales, las cuales deben ser observadas por todas las autoridades en el ámbito de sus atribuciones, competencias y posibilidades, a continuación desarrollaremos los deberes estatales: prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos.

2.3. Deberes estatales

El cumplimiento de las obligaciones que hemos desarrollado en el apartado anterior, aseguran el mantenimiento de un Estado constitucional y democrático de Derecho, preservando la integridad y dignidad de las personas; no obstante ello, es preciso reconocer que al momento de presentarse la falta de cumplimiento de una de ellas (de las obligaciones) o su deficiente cumplimiento, pueden generarse violaciones a los derechos humanos, lo cual perjudica no sólo a un individuo, sino a la colectividad por ser derechos cuyos titulares son todos y todas.

Teniendo presente lo anterior el Estado, como primer deber en la materia, tiene que *prevenir* que se susciten violaciones a los derechos humanos, lo cual se traduce en cumplir con las obligaciones aludidas, impedir que se materialicen conductas que puedan ubicarse bajo este rubro y, más importante aún, li-

¹⁹ Carbonell, Miguel, "Las obligaciones del Estado en el artículo 1º de la Constitución Mexicana" en *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma*, México, Porrúa, 2013, p. 68.

²⁰ Serrano, Sandra y Vázquez Daniel, *Los derechos en acción*, México, FLACSO, 2013, p.72.

Un enfoque de las víctimas del delito a partir de los derechos humanos

mitar sus actuaciones en beneficio de la población; de esta forma es posible lograr la prevención aludida, aunque resulta obvio que conlleva una serie de adecuaciones legislativas, transformaciones institucionales y generación de una cultura de respeto a los derechos fundamentales por parte de los servidores públicos, lo cual puede ser de carácter inmediato y mediato, dependiendo del caso concreto.

Ahora bien, en caso de que no pueda lograrse la prevención de las violaciones a los derechos humanos, es deber de las autoridades competentes el *investigar* las conductas que propiciaron la aludida violación, la cual puede tener tres vías:

- 1) Investigación de corte administrativo, en la cual entrarían en juego instancias como la Secretaría de la Función Pública o las Controlarías de las entidades federativas, en las cuales puede deslindarse la responsabilidad administrativa conducente y, en caso de conductas atribuibles a miembros de onstituciones de Seguridad Pública, a los Consejos de Honor y Justicia (para integrantes de instituciones policiales), así como a las Visitadurías (personal adscrito a las Procuradurías o Fiscalías).
- 2) Investigación de corte ministerial, que implicaría seguir un proceso ante la institución del Ministerio Público (Federal o de las entidades federativas) y que puede devenir en un proceso penal; sobre este punto es importante señalar que la investigación sería no por una violación de un derecho humano, sino por una conducta tipificada como delito, aunque es preciso señalar que existen delitos que coinciden con violaciones a este tipo de derechos, pensemos en la tortura, la desaparición forzada, ejecución extrajudicial, entre otras.
- 3) Investigación ante un organismo público autónomo de protección a los derechos humanos (comúnmente conocidas como Comisiones de Derechos Humanos), la cual es de naturaleza administrativa aunque diferente a la seguida ante las Contralorías por la naturaleza autónoma que les brinda la Constitución Federal, siendo importante señalar que ante este tipo de instancias puede devenir como resultado una

recomendación pública no vinculatoria, es decir, no tienen poder coercitivo, aunque a partir de la reforma de 10 de junio de 2011, se brinda la posibilidad de que dichos organismos puedan citar a comparecer ante el Congreso (Federal o local) a las autoridades que no acepten los puntos recomendatorios.

En esta tesitura es preferible que la investigación de violaciones a los derechos humanos, a parecer del autor, se realice por las tres vías a efecto de agotar todos los medios posibles; sobre el particular, debemos recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, se pronunció sobre el particular de la siguiente forma:

183. La Corte reitera que la obligación de investigar violaciones a los derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención. El deber de investigar es una obligación de medios y no de resultado. Sin embargo, debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios. A la luz de ese deber, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar *ex officio* y sin dilación una investigación seria, imparcial y efectiva. Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles, y ser orientada a la determinación de la verdad. La obligación del Estado de investigar debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse. En este sentido, la Corte recuerda que la impunidad fomenta la repetición de las violaciones de derechos humanos. De otra parte, este Tribunal ha advertido que esta obligación se mantiene “cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado”.²¹

²¹ *Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C, núm., 277, párrafo 183.

Ahora bien, la investigación tiene como objetivo esclarecer los hechos que ocasionaron la violación a los derechos fundamentales, ubicar a los responsables y de aquí seguiría el siguiente deber, consistente en la *sanción* respectiva, lo cual implicaría imponer una sanción o pena de carácter administrativo o penal, que en este último caso correspondería a una autoridad jurisdiccional, al ser constitucionalmente la única facultada para tal efecto.

Sobre este punto es preciso detenernos un momento, debido a que los organismos públicos autónomos de protección a los derechos humanos, al no contar con facultades de sancionar, pueden apelar a otra competencia que les otorga la norma máxima, consistente en denunciar antes las autoridades competentes hechos que constituyen violaciones a derechos fundamentales, para que con ello se siga un procedimiento en el cual pueda aplicarse una sanción o pena a los responsables, ya que en caso contrario no existirían sanciones por la conducta materializada.

Es precisamente en este punto, en el cual comenzamos a visibilizar un puente que se traza entre los derechos humanos y el Derecho penal, ya que las autoridades ligadas a esta última esfera pueden entrar en juego para iniciar un proceso que tenga como resultado, además de una investigación y el posterior esclarecimiento de los hechos, una sanción a los responsables de violaciones a los derechos fundamentales.

Finalmente, el deber de *reparar* las violaciones a los derechos humanos se constituye como uno de los principales objetivos del Estado, la cual tiene que ser de carácter integral y no parcial, comprendiendo las siguientes medidas que son desarrolladas en el Título Quinto de la Ley General de Víctimas vigente: 1) restitución; 2) rehabilitación; 3) compensación; 4) satisfacción y 5) no repetición.

Siendo así, la reparación integral que incluya las medidas, no es privativa de las víctimas de violaciones a los derechos humanos, en razón de que tanto la

Constitución Federal (artículo 20, apartado “C”, fracción IV) y el Código Nacional de Procedimientos Penales (artículo 109, fracción XXV) lo señalan como uno de los derechos que posee la víctima u ofendido del delito, lo cual representa una de las principales características del proceso penal acusatorio, en la cual la víctima tiene un papel fundamental a diferencia del que se le otorgaba en el proceso formal mixto.

No obstante lo anterior, cabe plantearse la siguiente interrogante ¿qué se entiende por víctima en el PPA?, respuesta que habremos de atender en el siguiente apartado.

3. La víctima en el proceso penal acusatorio

En primera instancia, debemos reconocer que antes del año 2008 la víctima u ofendido del delito tenía un papel secundario en el marco del proceso penal, aún cuando “...en sus inicios, el Derecho y el procedimiento penal tenían a la víctima en el centro de su interés, pero con la idea moderna de resocialización, el delincuente asciende al primer plano y el papel de la víctima se reduce casi exclusivamente a un medio de prueba”.²²

En esta tesitura y en el marco de la Reforma Constitucional en materia de Justicia Penal y Seguridad Pública del 18 de junio de 2008,²³ la víctima vuelve a cobrar una posición cardinal en el ámbito penal, toda vez que en la modificación constitucional aludida “...se incorporaron, a favor de la víctima o persona ofendida, derechos fundamentales tan importantes como intervenir personalmente o a través de su representante legal en el curso del proceso; presentar, cuando así lo considere conveniente, los recursos de impugnación que establezca la ley procesal; que se le garantice de forma efectiva su protección personal a través de la implementación de providencias precautorias, e inclusive solicitar medidas cautelares para la protección y restitución de sus derechos”.²⁴

²² González Pérez, Luis Raúl, “Sujetos del procedimiento y sus auxiliares” en *Código Nacional de Procedimientos Penales. Comentado.*, México, SEP, 2015, p. 86.

²³ Es importante señalar que la reforma de 2008 “... comúnmente conocida como ‘reforma constitucional en materia de seguridad y justicia’, trajo consigo la modificación de diversos artículos de la CPEUM; entre ellos, resulta particularmente relevante la modificación de los numerales 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22. En todos estos artículos aparece claramente marcada la doble tendencia de la reforma: se trató de preparar el terreno para lo que sería una nueva realidad en materia de procuración y administración de justicia penal, así como de diferenciar dicho régimen tratándose de la investigación, persecución, procesamiento y sanción de los delitos vinculados a las actividades de la delincuencia organizada” en Merino Herrera, Joaquín y Ochoa Romero, Roberto, *Fundamentos y sentido de los criterios de oportunidad*, México, INACIPE, 2015, pp. 1-2.

²⁴ Carreón Herrera, José Héctor y Carreón Perea, Héctor, “La víctima, ¿convidado de piedra en el proceso penal acusatorio mexicano?” en *DFensor. Revista de derechos humanos, Número 1, enero 2013*, México, CDHDF, p. 42

Un enfoque de las víctimas del delito a partir de los derechos humanos

Es así, que la víctima u ofendido del delito a partir de la reforma aludida, comienzan a recobrar la importancia que tienen en el proceso penal al ampliarse los derechos que poseen, mismos que desde el año de 1993 han sido reconocidos a partir de múltiples reformas constitucionales, pero que es hasta el octavo año de la primera década del siglo XXI cuando adquieren una connotación particular.

El reconocimiento de tales derechos, no sólo implica establecer una serie de prerrogativas que tiene la víctima u ofendido del delito, sino que muchos de ellos se encuentran encaminados a brindarle un papel preponderante en el marco del proceso, es decir, a maximizar su posición como *sujeto procesal*, condición que se materializa de manera evidente en el artículo 105 del Código Nacional de Procedimientos Penales, al señalar en primer lugar a la víctima u ofendido como un *sujeto del procedimiento*, incluyéndose bajo esta categoría a su *asesor jurídico*.

En este orden de ideas, tenemos que la víctima u ofendido es un *sujeto del procedimiento*, pero además es importante acotar que por víctima se entenderá al “...sujeto pasivo que resiente directamente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva. Asimismo, se considerará ofendido a la persona física o moral titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en la ley penal como delito”, lo cual se puede leer en el artículo 108 del CNPP.

Sobre este punto, se observa una diferencia entre la *víctima* y el *ofendido*, los cuales no son figuras homologables o mutuamente identificables, no sólo por la manera en que recienten la conducta delictiva (de manera inmediata o mediata respectivamente), sino porque en el primer caso nos referimos exclusivamente a *seres humanos*, mientras que en la categoría de ofendido su ubican personas morales.

Aunado a lo antes expuesto, dicha definición de víctima contrasta (aunque no de manera tajante) con la estipulada en el artículo 4 de la Ley General de Víctimas, que a los efectos prevé lo siguiente

Se denominarán víctimas directas aquellas personas físicas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados inter-

nacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

Son víctimas indirectas los familiares o aquellas personas físicas a cargo de la víctima directa que tengan una relación inmediata con ella.

Son víctimas potenciales las personas físicas cuya integridad física o derechos peligran por prestar asistencia a la víctima, ya sea por impedir o detener la violación de derechos o la comisión de un delito.

Como puede apreciarse, la Ley General de Víctimas no sólo contempla a las víctimas del delito en su definición, sino también a las de violaciones a los derechos humanos, no contemplando la figura de *ofendido* sino de *víctima indirecta*, debiendo éstas ser forzosamente personas física y no morales, lo cual genera por obvias razones un distanciamiento con la esfera penal.

Lo anterior no carece de relevancia si además consideramos que nos ubicamos bajo dos categorías distintas para el tratamiento de la víctima derivado de un par de normatividades que les reconocen derechos, pero que además les otorgan una conceptualización propia no reducible a la otra. En el siguiente cuadro se expone el punto anterior de manera más visible:

Código Nacional de Procedimientos Penales	Ley General de Víctimas
Víctima – Ofendido	Víctima – Víctima indirecta
Se circunscribe exclusivamente al ámbito penal.	Tanto materia penal como los derechos humanos.
Víctima: persona física; Ofendido: persona moral	Víctima directa e indirecta: persona física.

Ahora bien, un punto más a resaltar cuando ponemos en juego ambas normatividades (Ley General de Víctimas y Código Nacional), es que en ambos casos encontramos derechos específicos para las víctimas del delito, lo cual es obvio para el caso del CNPP pero no tan inmediatamente referible para la legislación específica en materia de víctimas, la cual contempla tanto derechos en lo general (artículo 7), como de las *víctimas en el proceso penal*, consagrados en el Capítulo IV de la Ley General de Víctimas (artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 17).

En el caso del Código Nacional de Procedimientos Penales, los derechos de la víctima u ofendido se encuentran consagrados en las 29 fracciones que componen su artículo 109, aunado a los derechos reconocidos en el Capítulo II de dicha legislación que lleva por título *Derechos en el procedimiento*, los cuales son también aplicables a la persona imputada.

Sobre este punto vale la pena detenernos para efectuar un análisis sobre ambas normatividades a la luz de un derecho en específico y con ello poder generar un análisis sobre la complementariedad o diferencia entre ellas, para lo cual nos basaremos en el derecho a la reparación del daño.

Como ya habíamos señalado en párrafos precedentes, la Constitución Federal contempla el deber del Estado de asegurar la reparación en su artículo 1º, lo cual se fortalece con lo dispuesto en la fracción IV del apartado C, del artículo 20 constitucional, que estipula lo siguiente: “Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria”.

Bajo esta tesis, observamos que la Constitución prevé la reparación del daño a la víctima del delito, a la par que establece como una obligación por parte de la autoridad facultada (el Ministerio Público) el solicitarla; en este mismo sentido, el CNPP señala en su artículo 109, fracción XXIV que es un derecho de la víctima u ofendido el que “... se le repare el daño causado por la comisión del delito, pudiendo solicitarlo directamente al órgano jurisdiccional, sin perjuicio de que el Ministerio Público lo solicite”, previendo además dicha legislación que es una obligación del Ministerio Público el solicitar el pago de la reparación del daño (fracción XXII, artículo 131 del Código Nacional), con lo cual existe concordancia entre la CPEUM y el CNPP sobre este rubro, aunque de manera sesgada ya que en este último no se prevé lo que sucede cuando se presenta una sentencia condenatoria.

En el mismo sentido, pero con una diferencia sustancial, encontramos también tutelado el derecho en mención en la Ley General de Víctimas, la cual contempla en la fracción II de su numeral 12 que las víctimas tiene derecho a que:

... se les repare el daño en forma expedita, proporcional y justa en los términos a que se refiere el artículo 64 de esta Ley y de la legislación aplicable. En los casos en que la autoridad judicial dicte una sentencia condenatoria no podrá absolver al responsable de dicha reparación. Si la víctima o su asesor jurídico no solicitaran la reparación del daño, el Ministerio Público está obligado a hacerlo.

La diferencia sustancial de la Ley de Víctimas, con respecto a la disposición constitucional y lo previsto en el Código Procesal, radica en la invocación del artículo 64 de la propia Ley para acotar la manera en que debe materializarse la reparación del daño, situándonos bajo un aspecto ciertamente innovador ya que no sólo se menciona la reparación sino que ésta tiene que darse bajo aspectos concretos, principalmente en el ámbito compensatorio. En este sentido, el mencionado artículo 64 refiere que:

La compensación se otorgará por todos los perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicamente evaluables que sean consecuencia de la comisión de los delitos a los que se refiere el artículo 68 de este ordenamiento o de la violación de derechos humanos, incluyendo el error judicial, de conformidad con los que establece esta Ley y su Reglamento...

La dirección que el mencionado artículo 64 marca para observar el numeral 68 de la Ley General de Víctimas, hace necesario invocar el contenido de este último a efecto de no perder claridad al respecto, motivo por el cual a continuación se transcribe dicha disposición:

La Federación y las entidades federativas compensarán de forma subsidiaria el daño causado a la víctima de los delitos considerados como graves en el ámbito de su competencia en aquellos casos en que la víctima haya sufrido daño o menoscabo a su libertad, o si la víctima directa hubiera fallecido o sufrido un deterioro incapacitante en su integridad física y/o mental como consecuencia del delito.

Con este matiz, podemos ver que la Ley General de Víctimas al brindar un contenido normativo a la reparación del daño, tutela en mayor medida este derecho posicionándose por encima de la Constitución Federal o el Código Nacional de Procedimientos

Un enfoque de las víctimas del delito a partir de los derechos humanos

Penales; no obstante lo anterior, debemos ser cautelosos sobre este punto, ya que en un primer momento dicha legislación general acota la reparación integral a una sola de las medidas que la componen (la compensación) y, además, se limita la participación estatal de naturaleza subsidiaria a delitos considerados como graves, lo cual no es en absoluto deseable, ya que brinda una diferenciación y jerarquía entre las víctimas.

Aunado a lo anterior, existe una contradicción en la propia Ley General de Víctimas con respecto a la reparación a la que tienen derecho las víctimas del delito, ya que siguiendo lo dispuesto en su artículo 12, la reparación se sujeta a la adopción de medidas compensatorias y por lo tanto no es de carácter integral; pero el numeral 26 de dicha Ley prevé que:

Las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera oportuna, plena, diferenciada, transformadora, integral y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia del delito o hecho victimizante que las ha afectado o de las violaciones de derechos humanos que han sufrido, comprendiendo medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y no repetición.

Como se aprecia, la reparación a la que tienen derecho las víctimas del delito y de violaciones a los derechos humanos acorde a este artículo 26, es una *reparación integral* que se compone de los cinco tipos de medidas que en su momento habíamos invocado, y no de carácter limitado a una sola de ellas como lo prevé el artículo 12 de la propia Ley General de Víctimas, situación que nos coloca ante un *impasse* o, por lo menos, ante un problema de interpretación de normas aplicables.

Sobre este aspecto, los criterios hermenéuticos en materia de derechos humanos consagrados en el párrafo segundo de la Constitución Federal, a saber: interpretación conforme y principio pro persona, pueden ser de gran auxilio para atender la situación ante la que nos encontramos en materia de reparación del daño.

Lejos de establecer un análisis y desarrollo de lo que implica cada uno de dichos criterios, señalaremos que la interpretación conforme consiste en realizar un examen de la legislación *infra constitucional* a efecto de verificar su adecuación con la norma máxima del país, es decir, todas las leyes que emanen de la Constitución Federal no pueden ir en contra de lo dis-

puesto por ésta, que en el caso que nos ocupa serían el Código Nacional de Procedimientos Penales y la Ley General de Víctimas. Por otro lado, el principio pro persona puede ser entendido como:

...el criterio indispensable de actuación hermenéutica ante la cláusula de interpretación conforme, y cuyo sentido es precisamente señalar la preferencia de aplicación ante los reenvíos que se realizan de las normas sobre derechos humanos a la CPEUM y a los tratados internacionales. Cumple con dos objetivos: a) definir el estándar de integración normativa, es decir, construir el *contenido constitucionalmente declarado* de los derechos (...) y b) señalar la norma aplicable en caso de antinomias, y con independencia de su posición jerárquica; respetando el contenido mínimo esencial del derecho que debe restringirse si se trata de dos normas constitucionales.

En otras palabras, el principio pro persona como criterio hermenéutico implica que la protección de la norma siempre debe beneficiar a la persona, maximizando el ejercicio de derecho o, en caso contrario, eliminando las limitantes internas que el propio derecho contenga. De esta forma, se convierte en un criterio de selección tanto normativo como de preferencia de interpretación, es decir, en caso de existencia de dos o más normas que tutelen el mismo derecho, se optará por aquella que brinde una mayor protección y garantía del derecho, sucediendo lo mismo en el campo interpretativo, operando la selección de la interpretación que maximice la tutela efectiva del mismo.

Teniendo presente lo anterior y situándonos en el derecho que hemos venido trabajando, resulta evidente que el derecho a la reparación del daño, al encontrarse previsto en múltiples legislaciones además de la Constitución, debe ser comprendido a partir de aquella disposición que le brinde un mayor desarrollo y contenido, que en este caso sería el artículo 26 de la Ley General de Víctimas, pero interpretando su contenido no de manera limitativo sino incluyendo los preceptos o disposiciones que también operan en las otras.

4. Disertación y conclusión general

En líneas anteriores hemos desarrollado el concepto de derechos humanos, realizado una aproximación al concepto de víctima u ofendido del delito, además de desarrollar un derecho en específico de éstas (el dere-

cho a la reparación del daño), con el propósito de que el o la lectora, tengan una visión integral del tema que hemos intentado esbozar desde las primeras líneas del presente escrito.

No obstante lo anterior, resulta fundamental preguntarnos acerca de sí en verdad el conocimiento de los derechos humanos y de las normas que los contemplan, son esenciales para el Derecho penal y en específico para su aspecto procesal, toda vez que encontramos ciertas relaciones entre ambas esferas (la penal y de derechos fundamentales), pero no existe un punto que sea lo suficientemente nítido para poder esgrimirlo en ese sentido.

Es así, que debemos aceptar como válida la siguiente proposición a efecto de poder entender la relación del Derecho penal y los derechos humanos: los derechos de las víctimas u ofendidos del delito son derechos fundamentales, ante los cuales el Estado tiene obligaciones de garantía, protección, promoción y respeto.

La pasada aseveración no es menor, debido a que implica que las autoridades que intervienen en un proceso penal, además de conocer las formalidades procedimentales, de manera necesaria deben conocer el contenido de los derechos humanos, los principios que los rigen, las obligaciones que tienen con respecto a los mismos así como sus deberes en la materia, pero también los criterios interpretativos que son aplicables en cada caso concreto, ya que de ello se sigue una tutela efectiva del debido proceso y se da un cumplimiento de la disposición constitucional.

5. Bibliografía

- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- Carbonell, Miguel, “Las obligaciones del Estado en el artículo 1o de la Constitución Mexicana”, en *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma*, México: Porrúa, 2013.
- Carrillo Flores, Antonio, “La naturaleza de los derechos humanos”, en *Revista Mexicana de Justicia*, núm. 1, vol. IV, enero-marzo 1986, México: PGR-PGJDF- INACIPE.
- Carreón Herrera, José Héctor y Carreón Perea, Héctor “La víctima, ¿convidado de piedra en el proceso penal acusatorio mexicano?”, en *DFensor. Revista de derechos humanos*, núm. 1, enero de 2013, México: CDHDF.
- Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid: Trotta, 2010.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Consultado en línea en http://www.cndh.org.mx/Que_son_Derechos_Humanos, el 30 de marzo de 2016.
- González Pérez, Luis Raúl, “Sujetos del procedimiento y sus auxiliares”, en *Código Nacional de Procedimientos Penales. Comentario*, México: SEP, 2015.
- Hierro, Liborio, “El concepto de justicia y la teoría de los derechos”, en *Estado, justicia, derechos*, Coord. Elías Díaz y Luis Colomer, Madrid: Alianza, 2002.
- Liotard, Jean-Francois, “Los derechos de los otros”, en *De los derechos humanos*, Madrid: Trotta, 1998.
- Mirón Reyes, Jorge Antonio, “Los principales retos de la reforma penal para una debida protección de derechos humanos en México”, en *Reflexiones en torno al Código Nacional de Procedimientos Penales*, Coord. José Héctor Carreón Herrera, México: INEPPA, 2015.
- Mirón Reyes, Jorge Antonio, “Conceptualización de los derechos humanos”, en *La ciencia penal y la política criminal en el umbral del siglo XXI*, México: INACIPE, 1996.
- Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México: Porrúa, 2012.
- Serrano, Sandra y Vázquez Daniel, *Los derechos en acción*, México: FLACSO, 2013.
- Tello, Carlos, *Estado y desarrollo económico: México 1920- 2006*, México: UNAM.
- Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C, núm., 277, párrafo 183.

La omisión legislativa y sus consecuencias en los derechos humanos en México

César Enrique Domínguez Hernández

Facultad de Derecho de la Universidad
La Salle y Barra Nacional de Abogados

RESUMEN: El objeto de este ensayo es poder determinar la consecuencia que el fenómeno de la omisión legislativa genera a partir de la interrupción del despliegue normativo de aquellos derechos fundamentales consagrados en la constitución mexicana, sin dejar de señalar, anticipadamente como una de sus consecuencias, la inconstitucionalidad de dicho fenómeno.

PALABRAS CLAVE: Omisión legislativa, derechos humanos, Constitución, México.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to determine the consequences that legislative omission has in their particular relation with normative deployment of the human rights included in Mexican Constitution; previously pointing as one of their mayor consequences the unconstitutionality produce by such phenomena.

KEY WORDS: Legislative omission, human rights, Constitution, Mexico.

SUMARIO: I. Introducción. II. La omisión legislativa. III. La omisión legislativa y sus consecuencias en los derechos humanos en México. IV. Bibliografía.

Rec: 20-07-2016 | Fav: 30-09-2016

I. Introducción

El goce de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales, derivado de la reforma constitucional del diez de junio de dos mil once,¹ se traduce en una tutela reforzada que supone, de acuerdo al artículo 1º., párrafo tercero, de nuestra Constitución, la obligación de to-

das las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Sin embargo, consideramos que aún con la tutela reforzada de los derechos humanos, también denominados por la teoría como derechos fundamentales,² los mismos son susceptibles de ser vulnerados por las

¹ Por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha diez de junio de dos mil once, por el que se modifica la denominación del capítulo I, del título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; por lo que el artículo 1 sufrió importantes modificaciones, principalmente en el primero, segundo, tercero y último párrafos.

² Cf. Miguel Carbonell, *Los Derechos Fundamentales en México*. 4a. ed. México, Editorial Porrúa, 2011, pp. 9 y ss. "...la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos no debe llevarnos a pensar que se trata de categorías separadas e incomunicadas. Por el contrario. De hecho, podríamos decir que todos los derechos fundamentales son derechos humanos *constitucionalizados*".

La omisión legislativa y sus consecuencias en los derechos humanos en México

autoridades al no cumplir con la obligación transcrita en el párrafo anterior tratándose de derechos económicos, sociales y culturales, así como de los derechos civiles y políticos, los cuales se relacionan con el principio de progresividad.³

La exigibilidad de dichos derechos está relacionada con el tema de la omisión del legislador, quien teniendo el derecho de iniciar leyes o decretos de acuerdo al artículo 71 constitucional, omite la creación de diversas normas jurídicas que hagan posible la potencialización de derechos fundamentales a fin de los mismos puedan desplegar plenamente la aplicabilidad y la eficacia de sus contenidos normativos.

El objeto de este ensayo es poder determinar la consecuencia que el fenómeno de la omisión legislativa genera a partir de la interrupción del despliegue normativo de aquellos derechos fundamentales consagrados en la Constitución mexicana, sin dejar de señalar, anticipadamente como una de sus consecuencias, la inconstitucionalidad de dicho fenómeno.

II. La omisión legislativa

El análisis y estudio de la omisión legislativa encuentra en nuestro país ciertas limitaciones teórico-doc-

trinales. Sin embargo, ello no imposibilita abordar el tema en cuestión, como una denuncia de normas ausentes en la Constitución mexicana,⁴ a través de: su concepto, las causas que la originan, la determinación de su inconstitucionalidad y la posible reparación de situaciones antijurídicas que derivan de este fenómeno.⁵

La omisión en estricto sentido es el dejar de hacer o decir algo, es un no hacer o un no actuar.⁶ El vocablo “omisión” se refiere a una “...inactividad, a una inacción, a un dejar de hacer o decir algo. La conducta humana puede estructurarse en dos grandes formas: la positiva (*facere*) y la negativa (*non facere*). Tanto una como otra son, en condiciones normales, manifestaciones de voluntad que se exteriorizan de diferente manera. La primera provocará un elemento físico nacido de dicha acción; la segunda carecerá de tal elemento físico, lo cual no es óbice para que pueda tener reflejo y repercusión en el mundo exterior. Ambas procederán del ser humano dirigido por su voluntad o por las circunstancias que a ésta dominan”.⁷

Ahora bien, a la luz del concepto de omisión es viable cuestionarse lo siguiente ¿qué es la omisión legislativa?, ¿sería posible que los órganos legisla-

³ Cf. Luis Daniel Vázquez y Sandra Serrano, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, coords, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 159-160. “Si bien existen normas que son de exigibilidad inmediata y otras que son de exigibilidad progresiva, es importante no cometer dos errores: confundir a la exigibilidad con la autoejecutabilidad de la norma, y dar por hecho que las obligaciones inherentes a los derechos civiles y políticos son siempre de exigibilidad inmediata, y las de los derechos económicos, sociales y culturales de exigibilidad progresiva. Habrá casos en que ciertas obligaciones de los primeros serán progresivas, y algunas de los segundos podrán ser de cumplimiento inmediato; por ejemplo, la emisión de una ley que garantice el acceso al derecho a la educación y a la salud respetando el derecho a la igualdad y a la no discriminación”.

⁴ Cf. Miguel Carbonell, en “La inconstitucionalidad por omisión un nuevo reto para la justicia constitucional”, en Miguel Carbonell, coord, *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 11. “En México es importante reflexionar sobre el tema de la inconstitucionalidad por omisión por razones teóricas (la mejor defensa de la Constitución, la optimización de sus mandatos, el mejoramiento de la efectividad de los derechos fundamentales, etcétera), [...] La experiencia de los denominados “gobiernos divididos”, y la escasa tradición en materia de rendición de cuentas ha generado un pavoroso bloqueo de las actividades legislativas y una consecuente falta de legislación sobre muchos supuestos en los que la intermediación legislativa viene exigida de manera clara y contundente por el texto constitucional. [...] La negligencia legislativa, los bloqueos tanto de la oposición como del partido en el gobierno, el entorpecimiento de los dictámenes, la ausencia de responsabilidad y otras patologías parecen ser el pan de cada día en las Cámaras del Poder Legislativo mexicano”.

⁵ Cf. Ignacio Villaverde, “La inconstitucionalidad por omisión un nuevo reto para la justicia constitucional”, en Miguel Carbonell, coord., *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión, op.cit.*, nota 4, p. 83. La decisión de que el tema central de éste estudio éste dirigida a la intención a que hacemos mención surge de las aseveraciones de Villaverde.

⁶ Es indispensable recordar que en la ciencia del derecho, dentro del ámbito del Derecho penal, el término omisión ha sido utilizado para determinar aquellos delitos derivados de omisiones de carácter doloso o culposo, según sea el caso, como una manifestación de la voluntad. Para el Derecho penal la omisión tiene una naturaleza normativa y no pre jurídica, luego entonces se habla de una omisión respecto de aquellas conductas a que nos obliga una norma jurídica. Adentrarnos a estudiar este tipo de omisiones, campo de acción del Derecho penal, desviaría nuestras consideraciones respecto a nuestro tema central.

⁷ José Julio Fernández Rodríguez, “Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión”, en Miguel Carbonell, coord. *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión, op.cit.*, nota 4, p. 19. La omisión tiene su origen en el Derecho romano cuando “...el juez se abstiene de dictar sentencias o la figura de la preterición [...] con omisión se aludía al olvido del testador respecto al heredero legítimo, que ni es instituido heredero ni es excluido de la herencia. Tal olvido [...] tenía unas claras e importantes consecuencias llegando incluso a provocar la nulidad del testamento [...] la palabra preterición, que es la que parece existir con exclusividad en el Digesto y no “omissio”, vocablo que sí se encuentra en textos literarios latinos”.

tivos del Estado puedan incurrir en omisión cuando no ejercen el derecho de iniciar leyes y decretos?, ¿será una obligación derivada de un mandato constitucional concreto de los órganos legislativos del Estado si atendemos a sus facultades y competencias de ejercicio potestativo y de ejercicio obligatorio?, ¿de qué forma impacta el fenómeno de la omisión legislativa al ordenamiento jurídico supremo y cuáles son las consecuencias tratándose de derechos fundamentales?

El panorama, derivado de los anteriores planteamientos, es desconcertador y sitúa en una posición endeble la eficacia y aplicabilidad del contenido jerárquico de las normas constitucionales, específicamente de aquellos derechos fundamentales que necesitan desplegar o potencializar sus efectos normativos.

Iniciemos por ofrecer una definición de omisión legislativa; como su calificativo lo indica, es producida por aquellos órganos legislativos del Estado que, en el desarrollo de sus facultades y competencias de ejercicio potestativo y de ejercicio obligatorio, omiten producir normas constitucionales que son necesarias a su vez para aplicación de otras normas y cumplir plenamente su eficaz aplicación.⁸

Los órganos legislativos del Estados se encuentran frente a un mandato constitucional concreto y vinculante para el desarrollo normativo del orden jurídico nacional, este mandato se encuentra en el artículo 71 constitucional que especifica los órganos legislativos del Estado que tienen derecho de iniciar leyes y decretos: el presidente de la República; los diputados y senadores del Congreso de la Unión y a las Legislaturas de los estados.

Como se puede observar la facultad y competencia constitucional en cita es, sin duda, una fuente de creación normativa y que invariablemente tie-

nen como fin crear otras tantas normas de carácter constitucional o secundario que permitan a su vez el despliegue normativo de otras disposiciones, por lo tanto, el omitir el derecho de iniciar leyes o decretos para dichos efectos afecta directamente y en primer lugar a la Constitución, como fuente del Derecho, y en segundo lugar al resto del orden jurídico nacional. La inobservancia al mandato constitucional concreto de legislar sería contrario a la cualidad suprema de la Constitución, por lo que la norma suprema quedaría supeditada a la voluntad de los órganos legislativos del Estado.⁹ En ese sentido, podríamos manifestar que la omisión legislativa coexiste con la naturaleza dinámica del orden jurídico nacional a partir de la facultad legislativa de producción de normas jurídicas, pues sólo se puede verificar la existencia de este fenómeno a partir de los procesos de creación y modificación de la Constitución.¹⁰ Si bien es cierto lo anterior, no se puede dejar de señalar que esa dinámica normativa ha llegado a mantener una excesiva producción normativa del legislador, hecho bajo el cual coexiste y se originan los defectos de una norma, su imprecisión técnica o bien la existencia de una omisión legislativa, entre otras tantas consecuencias jurídicas.

Dentro del orden jurídico nacional es posible ubicar un número considerable de omisiones legislativas, las cuales son el resultado de una inercia normativa en donde los órganos legislativos del Estado viven la realidad de su agenda legislativa sujeta, muchas veces, al cumplimiento de compromisos de partido con determinados grupos de poder económico y de poder político, y pocas veces, sujeta al cumplimiento de compromisos con el resto de la sociedad.¹¹ Pero también legislan sólo por legislar, porque muchas de las leyes o reformas estan

⁸ Cf. José Alfonso Da Silva, *Aplicabilidad de las Normas Constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 52 y ss. “El carácter imperativo de las normas jurídicas se revela al determinar una conducta positiva o una omisión, un actuar o un no actuar; de ahí se distinguen las normas jurídicas en preceptivas, las que imponen una conducta positiva, y en prohibitivas, las que imponen una omisión, una conducta omisiva, un no actuar, un no hacer”.

⁹ Emilio Rabasa, *La Constitución y la Dictadura*. México, Comité de Asuntos Editoriales, Cámara de Diputados LVII Legislatura, 1999, pp. 175-176. “...De modo que, teniendo facultades superiores a las otras ramas del poder, instinto de ataque y no sólo capacidad, sino necesidad orgánica de trabajo, reúne las condiciones más completas para desconcertar la armonía del gobierno y defraudar las previsiones mejor calculadas de la ley fundamental”.

¹⁰ Cf. Carla Huerta Ochoa, *Conflictos Normativos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 11. Haciendo referencia a los conceptos de dinámica y estática jurídicas distinguidos por Kelsen, Carla Huerta explica que “La teoría dinámica concibe al derecho en movimiento en virtud del concepto de facultad legislativa y se ocupa de la producción normativa”.

¹¹ Cf. Ángeles Galiana Saura, “La actividad legislativa en el Estado social de Derecho” en *Cuadernos E. de Filosofía del Derecho*. Número 2, Marzo, 1999, Universidad Rovira i Virgili, España, p. 2. La autora estima que la intervención de grupos de presión, sindicatos, partidos etc., dentro de la creación legislativa, trae como consecuencia que las leyes sean “pactadas” sin importar que las mismas sean “contradictorias, caóticas u oscuras” con tal de “conseguir el acuerdo político y social al que aspiran”.

La omisión legislativa y sus consecuencias en los derechos humanos en México

muy lejos de poder regular la realidad social en que vivimos, la cual por cierto no es tan dinámica para pretender justificarla con el trabajo legislativo. Como ejemplo, de la inercia legislativa a que hacemos referencia, servirán algunos números de la saliente LXII Legislatura de la Cámara de Diputados:¹² 521 dictámenes positivos de ley o decreto aprobados; 29 reformas constitucionales aprobadas; 43 nuevas leyes aprobadas; 552 dictámenes que deshechan iniciativas y minutas con proyectos de ley general; 2,939 iniciativas de ley o decreto presentadas.¹³

Hay que ser honestos y saber que es necesario desarrollar leyes en beneficio de todas las personas y que deriven de un buen estudio y análisis de creación de normas jurídicas¹⁴ y desde luego con el máximo interés del Estado en poder garantizar certeza jurídica a sus gobernados.

Estas reflexiones nos llevan a detenernos un momento y establecer que el tema de este apartado, si bien es cierto que se trata de omisiones legislativas no menos cierto es que en ningún momento dichas omisiones se imputarán a la conciencia o inconsciencia o bien a la voluntad o involuntariedad del legislador, pues ese tipo de cuestiones difícilmente podrían ser conducidas al plano jurídico, pero sí a una posible responsabilidad política individualizada que se aleja de la responsabilidad jurídica que, como servidor público, prevé la Constitución en su Título Cuarto, de las Responsabilidades de los Servidores Públicos y Patrimonial del Estado, y las leyes correlacionadas a este tema.¹⁵

En suma, cuando los órganos legislativos del Estado, en el desarrollo de sus facultades y competencias de ejercicio potestativo y de ejercicio obligatorio, omiten legislar y en suma omiten obedecer un mandato constitucional concreto se puede afirmar que existe

una omisión legislativa y que hay una violación a la Constitución.¹⁶

Una vez que hemos establecido los elementos que definen lo que es una omisión legislativa cabe preguntarnos ¿cuáles son los principales tipos de omisión?, ¿cuáles son sus consecuencias? y ¿cuándo deviene la inconstitucionalidad de la omisión?

La omisión legislativa no sólo requiere para su estudio un análisis conceptual de sus elementos cuyo resumen se reduzca a un simple no hacer legislativo, sino que también es necesario identificar en la doctrina del Derecho comparado las clases de omisión legislativa e identificar en el orden jurídico mexicano la existencia de ejemplos de omisión legislativa. Al mismo tiempo será necesario destacar la trascendencia de esa tipología en la identificación de aquellos mandatos constitucionales concretos que vinculan y obligan al legislador para la toma de decisiones legislativas y su concreción constitucional, mandatos que por cierto no son obedecidos.

La doctrina ha identificado en el Derecho comparado, dos clases de omisión legislativa, dentro de las cuales destacan principalmente las siguientes:

- a) Omisión absoluta o total. Este tipo de omisión existe ante la inobservancia o desobediencia, por parte del legislador, de un mandato constitucional de obligatorio y concreto desarrollo para la expedición de una ley que permita el despliegue normativo de algún contenido constitucional que rijan una situación jurídica determinada.¹⁷ Es decir, la inactividad del Poder Legislativo genera una vulneración a normas constitucionales que contienen una obligación de actuación, impidiendo el desarrollo de otras normas jurídicas lo que limita su operatividad. Un ejemplo de omisión absoluta es, sin duda, la falta de expedi-

¹² Emilio Rabasa, *op. cit.*, n. 9, p. 181. "...el Congreso no dejará de pretender la supremacía que a tan poca costa le ofrece su autoridad soberana de hacer leyes de que vive la Nación..."

¹³ Fuente: www.diputados.gob.mx, fecha de consulta 20 junio de 2015.

¹⁴ Cf. Emmanuel Roa Ortiz, "Bases Axiológicas de la Norma Superior" *Periódico ABZ. Información y Análisis Jurídicos*. México, Anuario 1996, ABZ editores, 1996, p. 544. "La creación de la norma jurídica implica la necesaria valoración previa de las realidades sociales concretas a las que regulará. El *iter* legislativo es, desde esta apreciación, no sólo un ejercicio estimativo, sino, además, el equilibrio entre el poder y su proyección social".

¹⁵ Ir más allá en el estudio de las responsabilidades de los legisladores como servidores públicos excedería las finalidades de este trabajo, pudiendo desviar, en todo o en parte, su objeto, pues estaríamos entrando en otros ámbitos del Derecho, que estudian la responsabilidad de los servidores públicos a casos concretos constitucionalmente prescritos.

¹⁶ Cf. Víctor Bazán, "Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales una visión de Derecho comparado", en Miguel Carbonell, coord., *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, *op.cit.*, nota 4, p. 99. "... la Constitución puede ser vulnerada no sólo por acción, sino, por omisión; concretamente, en este último caso, cuando no se actúa a pesar de la expresa previsión constitucional dirigida a que se lo haga o cuando se legisla deficientemente..."

¹⁷ *Ibid.*, p. 66 y ss.

ción de la Ley Reglamentaria del primer párrafo del artículo sexto de la Constitución Mexicana.

- b) Omisión relativa o parcial. Este tipo de omisión es aquella que posee una norma en su contenido, por lo que “es el enunciado legal lo que se impugna, y lo que incurre en inconstitucionalidad, y no su omisión, que opera como motivo de su impugnación ante el juez constitucional”.¹⁸ Ejemplo de este tipo de omisión sería una ley que es discriminatoria por omisión por lo que deja de regular la conducta de un sector o grupo de ciudadanos.

Tomando en cuenta el anterior criterio clasificatorio se pueden encontrar en el orden jurídico mexicano algunos ejemplos de ambos tipos de omisión legislativa que vulneran algunas disposiciones jurídicas y cuyo contenido necesita de la obligada intervención de los órganos legislativos, *interpositio legislatoris*, a fin de desarrollar normas jurídicas que permitan la eficaz aplicación de otras normas. Estas omisiones en muchos de los casos han imposibilitado la operatividad y funcionamiento para hacer exigibles y operables tanto mandatos constitucionales concretos, como por ejemplo: el derecho de réplica; y mandatos constitucionales abstractos, como la obligación del Estado de garantizar salud pública, la educación, el derecho a un medio ambiente sano, el derecho a una vivienda digna y decorosa, entre otros, y que no son otra cosa que “preceptos de obligatorio y concreto desarrollo”, como les llama José Julio Fernández, es decir, encargos constitucionales o exigencias constitucionales de desarrollo ulterior referidas a aquellas normas de la Constitución que contienen eficacia limitada y que necesitan, para su operatividad y eficacia total, de desarrollo legislativo.¹⁹

Estos ejemplos de omisiones legislativas en la Constitución se confrontan como un problema jurídico que encuentra su conexión inmediata con el principio de supremacía constitucional contenido en el artículo 133 y

con la posible deslegitimación de actuación de los órganos legislativos del Estado ante la falta de pericia en la obediencia y aplicación de las normas constitucionales, hecho que nos lleva a reflexionar sobre el desenvolvimiento deficiente de la política del Derecho que llevan a cabo los legisladores y el nulo control legislativo que cotidianamente es ignorado en el desenvolvimiento de sus actividades y sobre el cual ha interactuado la omisión legislativa y sus respectivas consecuencias.²⁰

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha reconocido que los órganos legislativos del Estado, en el desarrollo de sus facultades y competencias de ejercicio potestativo y de ejercicio obligatorio, pueden incurrir en omisiones absolutas y relativas. Las omisiones absolutas se caracterizan por la ausencia de ejercicio competencial al no haber externado normativamente voluntad alguna para crear leyes; en tanto que las omisiones relativas se caracterizan por haber ejercido su competencia de manera parcial, o bien, no fue realizada de forma integral impidiendo el correcto desarrollo y eficacia de su función creadora de leyes.²¹ En ese sentido y conforme a este criterio, la Corte ha hecho una clasificación de los tipos de omisión en nuestro país: a) Omisión absoluta en competencias de ejercicio obligatorio. Cuando el órgano legislativo teniendo la obligación o mandato de expedir una ley no lo hace; b) Omisión relativa en competencias de ejercicio obligatorio. Cuando el órgano legislativo emite una ley de manera incompleta o deficiente; c) Omisión absoluta en competencia de ejercicio potestativo. Cuando el órgano legislativo decide no actuar debido a que no hay un mandato u obligación que así se lo imponga y d) Omisión relativa en competencia de ejercicio potestativo. En la que el órgano legislativo decide hacer uso de su competencia potestativa para legislar, pero al emitir la ley lo hace de manera incompleta o deficiente.

Ante este esquema de tipologías de las omisiones legislativas es pertinente mencionar que según la jurisprudencia de la Corte,²² sólo es dable demandar una

¹⁸ *Ibid.*, p. 30.

¹⁹ Cf. José Julio Fernández Rodríguez, “Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión”, en Miguel Carbonell, coord., *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, op.cit., nota 4, p. 34.

²⁰ Cf. Miguel Carbonell, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*. 2a. ed. México, Editorial Porrúa, 2002, p. 5.

²¹ Cf. OMISIONES LEGISLATIVAS. SUS TIPOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIII*, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 9ª época, registro No. 175872, tesis de jurisprudencia P./J. 11/2006, materia: Constitucional, febrero de 2006, página 1527.

²² ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SI BIEN ES IMPROCEDENTE CONTRA UNA OMISIÓN ABSOLUTA EN LA EXPEDICIÓN DE UNA LEY, NO LO ES CUANDO AQUELLA SEA RESULTADO DE UNA DEFICIENTE REGULACIÓN DE LAS NORMAS RESPECTIVAS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis de jurisprudencia P./J. 5/2008.

La omisión legislativa y sus consecuencias en los derechos humanos en México

omisión relativa en competencia de ejercicio obligatorio, a través de la *acción de inconstitucionalidad*, ya que la naturaleza de este medio de control constitucional es analizar en abstracto una norma general que posiblemente sea contraria a la Constitución, reconociendo que si bien es cierto se han substanciado omisiones relativas o por deficiente regulación a través de este medio de control constitucional, no menos cierto es que en ningún caso se han substanciado omisiones absolutas o totales de una ley, pues la acción de inconstitucionalidad es improcedente ante la ausencia de una norma general que no puede ser contraria a la Constitución por ser inexistente en el orden jurídico.

III. La omisión legislativa y sus consecuencias en los derechos humanos en México

De acuerdo a las anteriores consideraciones podemos plantear la idea de que la omisión legislativa genera una serie de consecuencias directas en los derechos humanos, específicamente en aquellos derechos económicos, sociales y culturales, como lo mencionamos al inicio de este trabajo. La dimensión de las consecuencias que la omisión legislativa genera en los derechos humanos se conjugan, como lo veremos, con elementos y principios constitucionales lo que permite visualizar el impacto de fenómeno en análisis. Dentro de esas consecuencias podemos considerar, sin orden de importancia, las siguientes:

1. Vulneración directa al principio de supremacía constitucional.

El principio de supremacía, contenido en el artículo 133 constitucional, no sólo habría que entenderlo des-

de el punto de vista jurídico como la simple superioridad jerárquica que la Constitución adquiere sobre el resto del orden jurídico nacional,²³ sino también habría que entender dicho principio desde el punto de vista político en el sentido de que la Constitución está por encima de cualquier poder u órgano del Estado.²⁴ Es decir, el principio de supremacía, contiene no sólo un sustento normativo sino también un sustento conductista que se traduce en el comportamiento de los destinatarios de la norma suprema en el sentido de obediencia de sus mandatos. Ambos sustentos, el normativo y el conductista, como mandatos constitucionales, subsisten paralelamente en el desarrollo de las facultades y competencias de ejercicio potestativo y de ejercicio obligatorio que tienen los órganos del Estado al momento de legislar. Sin embargo, cuando dichos órganos incurren en omisión legislativa, no sólo incumplen en obedecer los mandatos supremos de la constitución sino que provocan una merma en los elementos de validez y eficacia jurídica de la Constitución y sus normas de producción jurídica, lo que a su vez imposibilita la óptima aplicación y eficacia de otras disposiciones constitucionales.²⁵ Todo ello supone una vulneración a su rango supremo así como su eficacia y su fuerza derogatoria.²⁶

En ese orden de ideas, estimamos que si la Constitución Mexicana garantiza su propia jerarquía contra actos de los poderes públicos, a través de mecanismos de control constitucional, la omisión legislativa pudiese ser regulada mediante la admisión de un nuevo mecanismo de control constitucional, como lo es la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, a fin de declarar la inconstitucionalidad de una norma y prever las condiciones necesarias para que en un tiempo determinado se garantice su obligatorio y concreto desarrollo, tema que por su complejidad tendría que ser tratado por aparte.

²³ Otto Pfersmann, "Carré de Malberg y la jerarquía normativa", en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, Número 4, enero-junio de 2001, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 154. La jurisprudencia francesa trata la "jerarquía normativa" basándose en cuatro puntos fundamentales respecto de los cuales sólo haremos referencia al primero y al cuarto punto respectivamente, por ser trascendentales: "1) El orden jurídico es jerárquico por cuanto una norma inferior debe ser conforme con la norma superior." Y "4) La jerarquía normativa es una relación lineal, es decir, cada norma se encuentra en una relación de inferioridad o de superioridad respecto a una categoría de normas y solamente a una".

²⁴ Cf. Sergio Díaz Ricci, "Supremacía de la Constitución" en *Estudios de teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Raúl Modoro y Pedro de Vega, dirs, España, Universidad Complutense de Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense - Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II, p. 896. "Precisamente, la supremacía constitucional produce el fenómeno de dotar a la Constitución de cierta permanencia y estabilidad en el orden político".

²⁵ Cf. Víctor Bazán, "Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales, una visión de derecho comparado", en Miguel Carbonell, coord., *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, op.cit., nota 4, pp. 92-99.

²⁶ Cf. Carla Huerta Ochoa, *Teoría del Derecho, Cuestiones Relevantes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 298.

2. Pérdida de la fuerza vinculante de la Constitución.

La fuerza normativa de las disposiciones constitucionales se manifiestan en su aplicabilidad y en su eficacia, es decir, en la actuación concreta de los destinatarios de la norma²⁷ y en la medida en que sean aplicables.²⁸ Sin embargo, la fuerza normativa de las disposiciones constitucionales también se manifiestan a través del despliegue normativo de sus efectos. La Constitución, como norma jurídica, tiene una doble función vinculativa, una dirigida a los ciudadanos y otra dirigida a los poderes públicos, ambos como destinatarios de la norma suprema con sus distintas características.²⁹ Así, el objetivo de las normas constitucionales es poder desplegar sus efectos normativos, con la finalidad de regular una situación en concreto, por lo que toda norma que es obedecida y aplicada cumple su función de eficacia.³⁰ Sin embargo, es evidente que en el caso de la omisión legislativa respecto de un mandato constitucional, por parte de los productores de normas jurídicas, provoca la pérdida de la fuerza vinculante de la Constitución. En decir, las normas constitucionales suponen un mandato para que el legislador y el Poder Ejecutivo, respectivamente, desarrollen la legislación necesaria para poder normar la realidad social en la que vive el hombre e implemente los mecanismos jurídicos para ejecu-

tar las normas constitucionales, pero si esas normas no son cumplidas, “aún en contra de la voluntad del sujeto obligado”,³¹ dejarán de desplegar sus efectos normativos debilitando la fuerza vinculante de la Constitución.

3. Falta de desarrollo óptimo de normas jurídicas.

Una de las características de la Constitución Mexicana como norma suprema es la dinámica reformativa a la que es sujeta, la cual, como ya señalamos, supone una coexistencia con la realidad social, política, jurídica y económica en la que viven sus destinatarios, desplegando, bajo esa causa, el desarrollo de otras tantas normas jurídicas cuyo contenido debe de ser eficaz, coherente³² y armónico y que éstas a sus vez potencialicen los efectos normativos de disposiciones constitucionales.

En este sentido, la omisión legislativa es la que interrumpe y transgrede la dinámica, evolución y, principalmente, el desarrollo de los derechos humanos, provocando una ausencia o vacío normativo, todo ello, derivado de una inactividad de cualquiera de los poderes facultados para iniciar y formar leyes, también denominado omisión o silencio legislativo.³³

La falta de desarrollo integral de derechos humanos habría que entenderla *latu sensu* y siempre tomando en cuenta aquellas consideraciones que la

²⁷ José Alfonso Da Silva, *op.cit.*, nota 8, p. 38.

²⁸ *Ibid.*, p. 47. “...eficacia y aplicabilidad de las normas constitucionales constituyen fenómenos conexos, aspectos tal vez del mismo fenómeno encartados por prismas diferentes: aquella como potencialidad; ésta como realización, como práctica. Si la norma no dispone de todos los requisitos para su aplicación a los casos concretos, le falta eficacia, no dispone de aplicabilidad. Ésta se revela, así, como posibilidad de aplicación. Para que haya esa posibilidad, la norma tiene que ser capaz de producir efectos jurídicos”.

²⁹ Cf. Miguel Carbonell, *Constitución, Reforma Constitucional y Fuentes del Derecho en México*, 3a. ed. México, UNAM-Editorial Porrúa, 2000, pp. 151-152. El autor cita en su obra un criterio que el Tribunal Constitucional Español ha sostenido al respecto: “...la sujeción a la Constitución es una consecuencia obligada de su carácter de norma suprema, que se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos; mientras los primeros tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnera la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en los que la misma establece deberes positivos [...], los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución, es decir, que el acceso al cargo implica un deber positivo de acatamiento entendido como respeto a la misma”.

³⁰ Cf. José Alfonso Da Silva, *op.cit.*, nota 8, p. 51-52. “Eficacia es la capacidad de alcanzar los objetivos previamente fijados como metas. Tratándose de normas jurídicas, la eficacia consiste en la capacidad de alcanzar los sujetos en ella traducidos, que vienen a ser, en última instancia, realizar los dictámenes jurídicos apuntados por el legislador”.

³¹ Cf. Carla Huerta Ochoa, *Conflictos Normativos*, *op.cit.*, nota 10, p. 48. Las normas jurídicas se distinguen por su obligatoriedad que está vinculada “...a un aparato institucionalizado que ejerce un control, por lo que puede obligar al cumplimiento de la norma aún en contra de la voluntad del sujeto obligado”.

³² *Ibid.*, p. 49. “La coherencia es [...] una propiedad formal del sistema que significa que además de aplicables, sus normas son aceptables racionalmente”.

³³ Cf., José Julio Fernández Rodríguez, “Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión”, en Miguel Carbonell, coord., *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, *op.cit.*, nota 4, p. 23. Nuestra postura conceptual opta por la vulneración de normas derivada de la inercia bajo la cual actúa el Poder Legislativo apartándose de aquella conceptualización que el maestro José Julio Fernández menciona en su ensayo, referida a la vulneración de normas constitucionales producida por la inactividad de los poderes públicos en un sentido general, bajo los cuales incluye la no emisión de determinados actos políticos, administrativos y judiciales.

La omisión legislativa y sus consecuencias en los derechos humanos en México

teoría jurídica ha estudiado respecto a los tipos de normas constitucionales,³⁴ pues resulta importante su análisis de manera conjunta. Esa falta de desarrollo podría dejar de garantizar, de acuerdo con el pensamiento de Héctor Fix-Zamudio, "...un grado razonable de eficacia y de proyección hacia el futuro".³⁵ Ante los vacíos normativos, generados por la omisión legislativa, finalmente que hay manifestar que existe una "...innegable necesidad de que el Poder Legislativo se avoque al cumplimiento de sus funciones, ya que de lo contrario, se causa una gran incertidumbre e indefensión jurídica para los gobernados, además de que este acto omisivo constituye a su vez, y por sí mismo, una violación a la Constitución".³⁶

4. La inconstitucionalidad de la omisión legislativa.

Como ya hemos visto la Constitución es una fuente del Derecho que regula las normas sobre la producción normativa. Sin embargo, la misma ve limitada su función de fuente del Derecho al no alcanzar sus objetivos de obligatorio y concreto desarrollo de sus propias normas. Hemos advertido la posibilidad de que durante el desarrollo de actividades legislativas, la conducta del legislador, dentro del ámbito de sus atribuciones y facultades, no sólo puede determinarse por un hacer, sino también por un no hacer. Por lo que respecta al no hacer, el silencio del legislador, se distingue de aquellas prohibiciones constitucionales que de forma expresa enuncia la Constitución, ya que el silencio del legislador se refiere a aquellas conductas que el legislador omite realizar ante el mandamiento expreso de una obligación constitucional.

Así, tratándose de la omisión de mandatos constitucionales, podemos afirmar que el silencio del legislador deriva en una triple contravención a la Constitución las cuales hemos venido reiterando y que se van materializando en una inconstitucionalidad por omisión legislativa, éstas son: a) Una desobediencia

a la voluntad de los ciudadanos a quien representa y de donde emana su poder; b) una desobediencia a la Constitución cuyo contenido fue elaborado por un Poder Constituyente, y respecto de la cual el legislador, como representante del poder constituido, no puede contrariar la voluntad de aquél y por último; c) una inobservancia al principio de supremacía constitucional que involucra desobediencia a sus deberes constitucionales, provocando que el obligatorio y concreto desarrollo de preceptos constitucionales y su consecuente eficaz aplicación sean impedidos.

Ahora bien, la Constitución Mexicana tiene la cualidad de ser la primera y suprema norma del sistema jurídico, hecho con el que se confirma la necesidad de que exista un sistema eficiente de control de la constitucionalidad, con el objetivo de poder garantizar esa cualidad y la permanencia de sus normas, las cuales suponen de inicio un respeto incuestionable a sus mandatos que vinculan a todos los destinatarios de las mismas. Lo anterior nos permite relacionar la cualidad de supremacía con la naturaleza de las normas constitucionales, es decir, su dinamismo y su adecuación respecto de la realidad social en la que vive el hombre. Es decir, nos refiere a la evolución normativa, por lo que el Poder Legislativo, en el seno de sus atribuciones y facultades y en estricto apego al marco constitucional, se observa obligado al desarrollo concreto de normas constitucionales.

Sin embargo, si el mandato de actuación constitucional concreto de legislar fue omitido se materializará una desobediencia a una disposición suprema provocando una inconstitucionalidad que vulnera la cualidad suprema de la Constitución, por lo que debería bastar el simple deber de legislar para fundamentar una inconstitucionalidad por omisión legislativa.

En ese tenor, es preciso establecer que las normas constitucionales formulan en su contenido principios, directrices y valores de tipo jurídico, social, cultural,

³⁴ *Ibid.*, p. 34. José Julio Fernández propone que la falta de desarrollo se refiere a "...los preceptos constitucionales que requieren tal proceder de una forma concreta. No todas las normas constitucionales poseen en el mismo carácter jurídicamente hablando, de manera que pueden establecerse distintas tipologías en función de sus diferentes criterios. De este modo, unas normas, dada su formulación, se nos presentan como una suerte de encargos constitucionales o encargos al legislador, esto es, como exigencias constitucionales de desarrollo ulterior. El concepto de encargo al legislador que proponemos es el siguiente: norma constitucional de eficacia limitada que, dada la previsión explícita o implícita en ella contenida, resulta de obligatorio y concreto desarrollo para que cobre eficacia plena".

³⁵ Héctor Fix-Zamudio, *Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*, 2a. ed. México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2001, p. 259.

³⁶ Laura Rangel Hernández, "La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la Constitución Mexicana. Un avance en el acceso a la justicia constitucional" en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, número 18, enero-junio, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, 2002, p. 217.

económicas y políticas, y que por su propia naturaleza poseen un grado de operatividad y de aplicación directa que provoca que la formulación de sus contenidos se tornen obligatorios y vinculantes para los destinatarios de la norma suprema.

El acto omiso del legislador lejos de constituir una inactividad, identifica dos cosas: en primer lugar, evidencia aquellas exigencias de mandatos constitucionales concretos que vinculan al Poder Legislativo para la adopción de medidas legislativas a fin de hacer eficaces dichos mandamientos, en segundo lugar, el escaso o nulo desarrollo de leyes de ejecución o leyes de actuación, sin las cuales les resta efectividad y operatividad, no sólo a los derechos humanos sino también al resto de normas o cláusulas constitucionales. Es decir, son normas que necesitan para su operación del desarrollo y expedición de otras normas para el cumplimiento de sus fines normativos, lo cual provoca una debilidad estructural de las normas constitucionales, esto es, la separación entre normatividad y facticidad imposibilitando alcanzar una óptima eficacia.

En la Constitución Mexicana podemos encontrar algunos ejemplos claros de lo que acabamos de mencionar y dentro de los cuales se encuentran los siguientes: la omisión legislativa de no haber aprobado la Ley Reglamentaria del primer párrafo del artículo 6º de la Constitución Mexicana, relativo al derecho de réplica.³⁷ El derecho de réplica es un derecho fundamental que permite a toda persona recibir nueva información que discrepe con aquella difundida por cualquier medios de comunicación y cuyo contenido fue inexacto o falso generando perjuicios a una persona, permitiendo, de este modo, el restablecimiento de la veracidad y equilibrio de la información, elemento indispensable para la adecuada formación de la opinión pública y la existencia de una sociedad democrática. Respecto a este derecho fundamental, el legislador ha omitido dar cumplimiento a lo ordenado por el poder revisor de la Constitución, el cual le ordenó legislar en materia de

derecho de réplica a fin de garantizar y dar vigencia plena a ese derecho del que goza toda persona física, moral o grupo social, para dar su propia versión de los hechos cuando son aludidos negativamente por los medios de comunicación o agencias, pues de otra manera sólo rige y prevalece el punto de vista de los medios de comunicación y de las agencias hegemónicas y dominantes o ambas. La posible aprobación³⁸ de esta legislación secundaria permitiría la expresión de opiniones públicas libres y plurales que proteja los derechos de las minorías, así como los derechos a la intimidad, el honor y la imagen de las personas, además de que sería un paso adelante en la construcción de la democracia mexicana, pues la diversidad de puntos de vista sobre la información es lo que caracteriza a una sociedad libre y bien informada, en donde el derecho a la información y de réplica debe ser una realidad tangible y no una aspiración incumplida.

Otro ejemplo de omisión se encuentra en el artículo 2o., inciso B, fracción 2a., de la Constitución Mexicana que establece la obligación de las autoridades federales, locales y municipales para garantizar e incrementar los niveles de escolaridad en las comunidades indígenas. Consideramos que la señalada fracción carece de nula eficacia normativa y justiciabilidad en virtud de la falta de desarrollo de normas secundarias que puedan garantizar el debido ejercicio de este derecho y la falta de instrumentos jurídicos eficientes bajo los cuales se pueda hacer exigible el derecho a ser educado. En estos casos, en los que se evidencia el silencio o inactividad del legislador, es en donde la defensa de la Constitución Mexicana podría intervenir en caso de contar con un mecanismo de control constitucional a fin de poder garantizar plenamente, a través de leyes de ejecución o de actuación, éstos y otros derechos fundamentales, hecho que reflejaría sin duda un fortalecimiento de la supremacía de la Constitución.

Empero, nuestra realidad es otra. En México, algunos de los derechos económicos, sociales y culturales

³⁷ En la Cámara de Diputados se han presentado sin éxito las siguientes iniciativas sobre la materia: 1. En Abril de 2008, los Diputados. José Antonio Díaz García, Dora Alicia Martínez Valero y Rocío del Carmen Morgan Franco, del PAN; 2. En Abril de 2008 el Diputado Alberto Amador Leal, del PRI; 3. En Julio de 2008, la Diputada Valentina Batres Guadarrama, del PRD; 4. En Agosto de 2008, el Diputado Cuauhtémoc Sandoval Ramírez, del PRD; 5. En Junio de 2009, los Diputados. Rocío del Carmen Morgan Franco, Dora Alicia Martínez Valero y José Antonio Díaz García, del PAN; 6. En Agosto de 2009, la Diputada Claudia Lilia Cruz Santiago, del PRI y; 7. En Septiembre de 2009, el Diputado Jaime Fernando Cárdenas Gracia, del PT.

³⁸ El día miércoles 22 de junio de 2011, en el segundo receso de la Comisión Permanente el diputado Agustín Castilla Marroquín presentó un punto de acuerdo a través del cual exhorta a los Grupos Parlamentarios en la Cámara de Diputados a que aceleren los trabajos necesarios para la discusión y aprobación de la ley reglamentaria del artículo 6º constitucional en materia de derecho de réplica.

La omisión legislativa y sus consecuencias en los derechos humanos en México

carecen total o parcialmente, como ya ha quedado asentado, de eficacia real y justiciabilidad, y por si eso no fuera suficiente, los mecanismos actuales de control constitucional no permiten garantizar plenamente ese tipo de derechos evidenciando medianamente la supremacía constitucional y la necesidad de implementar nuevos mecanismos de control constitucional a través de los cuales se pueda lograr el debido desarrollo y despliegue normativo de los contenidos constitucionales, ejemplo de este mecanismo sería la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa.

Es necesario aceptar la necesidad de adoptar en nuestro sistema jurídico nuevos mecanismos de control como el ya mencionado, pues de antemano nos encontramos ante una cualidad de supremacía de la Constitución que debe exigir responsabilidades concretas para el cumplimiento de sus mandatos y que puedan rebasar por mucho la indiferencia del legislador para desarrollar las actividades propias de su función pública. Consideramos que la supremacía de la Constitución podría fortalecerse plenamente con la inclusión "...de un sistema jurisdiccional de control de la constitucionalidad"³⁹ que garantice la eficacia u operatividad de sus normas, y cuya función no será controlar la actividad del legislador (o precisamente su inactividad), sino las normas que el legislador crea o deja de crear mediante su inactividad.⁴⁰ Luego entonces, la inconstitucionalidad devendrá por la omisión de desarrollo de aquellos mandatos constitucionales de actuación concreta de iniciar y formar leyes y decretos que permitan a las normas constitucionales ser efectivas. Esos mandatos constitucionales de actuación concreta vinculan, de forma ineludible, Poder Legislativo y como destinatario de la norma suprema se ve obligado, como poder público, a obedecer sus mandatos.

De tal forma, la omisión legislativa, con la diversidad de causas y matices diferentes con que se presente puede ser calificada de inconstitucional pues esa

conducta es una vulneración a "...los preceptos básicos del ordenamiento jurídico y una agresión a los valores vitales emanados de las decisiones políticas fundamentales recogidas en el texto constitucional"⁴¹ En todo caso, resulta curioso observar cómo es que el propio poder legitimado para crear normas jurídicas es quien omite obedecer los mandatos supremos⁴² constitucionales los cuales se caracterizan por su obligatoriedad relacionada con las actividades que aquel Poder realiza en el ejercicio de sus funciones.⁴³ En ese sentido, no habría que intentar investigar si la inercia del poder legislativo es consciente o inconsciente, voluntaria o involuntaria ya que no sería posible llevarlas al plano jurídico, pero si establecer que la omisión legislativa o silencio del legislador contiene una doble dimensión de responsabilidad. En primer plano, de responsabilidad jurídica y seguido de ello una responsabilidad política, pues el Poder Legislativo es en estricto sentido un órgano insustituible que tiene la obligación constitucional de legislar y de llevar a cabo el desarrollo de normas constitucionales. De no hacerlo, esa omisión o inactividad legislativa sería, con total evidencia una vulneración de la norma suprema. Lo anterior reitera que las normas constitucionales poseen una eficaz y directa aplicación que el Poder Legislativo debe acatar al momento de crear normas jurídicas y buscar su posterior desarrollo.

La discusión de la omisión legislativa, no sólo va dirigida a las normas constitucionales, que por su naturaleza deben de desarrollar un despliegue de eficacia directa, sino a la conducta omisa del legislador que resulta vinculante ante la exigencia de un obligatorio y concreto desarrollo de las normas supremas. Las constantes conductas omisas del legislador, respecto de las cuales podemos encontrar varios ejemplos,⁴⁴ enfrentada a la eficacia directa e inmediata aplicación de las normas constitucionales, como cualidades de las mismas, puede constituir, sumada a las demás consideraciones, la posibilidad de incluir en el sis-

³⁹ Huerta Ochoa Carla, "La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos" *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, número 108, septiembre-diciembre, 2003, p. 932.

⁴⁰ Ignacio Villaverde, "La inconstitucionalidad por omisión un nuevo reto para la justicia constitucional", en Miguel Carbonell, coord., *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, op.cit., nota 4, p. 72.

⁴¹ *Ibid.*, p. 35.

⁴² *Cf. Ibid.*, p. 25. En el mismo sentido Bidart Campos, citado por el Maestro José Julio F., afirma que la constitucionalidad por omisión "sobreviene cuando el órgano que conforme a la Constitución debe hacer algo, se abstiene de cumplirlo".

⁴³ *Cf. Ibid.*, p. 35.

⁴⁴ *Cf. Rangel Hernández, Laura*, "La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la Constitución mexicana. Un avance en el acceso a la justicia constitucional" op. cit., nota 36, pp. 216-223. En este trabajo se exhibe una interesante ejemplificación de casos de omisión legislativa llevados a cabo ante la Suprema Corte de Justicia.

tema jurídico mexicano un mecanismo de control constitucional como lo sería la acción de inconstitucionalidad por omisión y que tenga por objeto conducir, entre otros aspectos, a la permanencia de la Constitución Mexicana, sin que ello implique su inmutabilidad, sino su aplicación y salvaguarda mediante la adopción de nuevos sistemas de control de la constitucionalidad de sus normas.⁴⁵ Finalmente no deja de considerarse que cualquier tipo de omisión sea de la clasificación que sea, constituye una violación franca a la Constitución al no permitir desplegar la eficacia de sus normas supremas, lo cual se traduce en un ilícito constitucional.

Miguel Carbonell afirma que “Si existe una violación constitucional, sea por acción o sea por omisión, el ordenamiento jurídico debe tener mecanismos y vías de defensa, porque de otra forma estaríamos permitiendo la violación sin consecuencias de la Carta Magna, lo cual sería tanto como aceptar que la Constitución es cualquier cosa menos una norma jurídica”.⁴⁶ Lo anterior no sólo provoca reflexionar sobre el prestigio de la Constitución Mexicana, sino también reflexionar sobre la incapacidad e ineficacia que en ocasiones han demostrado sus normas, ya sea porque no pueden desplegar sus efectos normativos a consecuencia de la ausencia de normas de desarrollo concreto, que deviene del silencio legislativo, o bien por la indiferencia y falta de criterio de quienes deben de obedecer y aplicar sus disposiciones, y que además, dicho sea de paso, en muchas de las veces no alcanzan a visualizar de forma global sus contenidos normativos. Por otra parte Pedro de Vega, al respecto se pregunta: “¿qué sentido tiene introducir mecanismos de defensa del orden constitucional, cuando la Constitución ha perdido su prestigio y ha dado muestras, por todas partes, de su incapacidad y su ineficacia?”.⁴⁷ Es evidente que esta pregunta aún cuando se hace a la luz de una “crisis generalizada del concepto de Constitución clásico”⁴⁸ y en un contexto de quiebra de valores constitucionales diversos a los valores contenidos en la Constitución Mexicana, no menos evidente es que nuestra Ley Suprema no puede escapar, actualmente, a ese serio cuestionamiento.

Esgrimir descalificaciones sobre el prestigio de la Constitución Mexicana no sería críticamente productivo ni objetivo, pues existen demasiados prejuicios sociales, jurídicos y políticos al respecto, empero sí será productivo aceptar de inicio la existencia de una crisis ideológico-conceptual de lo que debe de ser una Constitución; aceptar la vulneración a su calidad de supremacía y del carácter de generalidad de la misma, y por último; aceptar la necesidad de crear nuevos mecanismos de control constitucional para hacer eficiente su funcionalidad y poder resolver los problemas de la vida social de nuestro país. Es preciso señalar que la anterior aseveración se aleja de aquella posible negación de supuestos bajo los cuales está construido nuestro sistema constitucional y se acerca en todo momento a la búsqueda de soluciones jurídicas para que las normas constitucionales no sean letra muerta como parte de nuestro orden jurídico. Con ello, quedaría plenamente justificado el análisis de diversas áreas de oportunidad que se constriñen a aquellas necesidades jurídico-constitucionales a fin de proponer desde la academia nuevos mecanismos de defensa de la Constitución que sienten las bases para funcionar como un verdadero Estado contemporáneo.

Las normas constitucionales no son simples invitaciones para legislar, sino por el contrario asumen el carácter de verdaderas obligaciones supremas, por lo que no se puede ignorar su aplicación por falta de desarrollo. En consecuencia, es necesario garantizar el desarrollo y la eficaz aplicación de los derechos humanos respecto de los cuales, no existe para su pleno y debido ejercicio la previsión de pretensiones subjetivas judicialmente accionables, pues al día de hoy, en nuestro orden jurídico “...los derechos subjetivos sólo existen en el ámbito de la ley ordinaria”, no el ámbito de la propia norma constitucional programática”.⁴⁹ Los contenidos constitucionales, como verdaderos principios rectores y garantes de derechos, tienen como presupuesto de su aplicabilidad y eficacia, el trabajo de actos legislativos para el desarrollo concreto de sus normas jurídicas supremas; y que la jurisdicción constitucional en México, por lo

⁴⁵ Cf., Carla Huerta Ochoa, “La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos”, *op.cit.*, nota 39, p. 932.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 14.

⁴⁷ Pedro De Vega, *Estudios Político-Constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas - Servicio de Publicaciones de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2004, p. 299.

⁴⁸ Ídem.

⁴⁹ José Alfonso Da Silva, *op.cit.*, nota 8, p.131.

La omisión legislativa y sus consecuencias en los derechos humanos en México

que respecta a las omisiones legislativas, acepte una apertura constitucional, a fin de fortalecer aún más los derechos humanos.⁵⁰

IV. Bibliografía

- Bazán, Víctor, “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales una visión de Derecho comparado”, en Miguel Carbonell, *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- Carbonell, Miguel, *Constitución, Reforma Constitucional y Fuentes del Derecho en México*, 3a. ed. México, UNAM-Editorial Porrúa, 2000.
- , *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*. 2a. ed. México, Editorial Porrúa, 2002, p. 5.
- , *Derechos Fundamentales en México*. 4a. ed. México, Editorial Porrúa, 2011.
- , “La inconstitucionalidad por omisión un nuevo reto para la justicia constitucional”, en Miguel Carbonell, coord. *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- Da Silva, José Alfonso, *Aplicabilidad de las Normas Constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- De Vega, Pedro, *Estudios Político-Constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas - Servicio de Publicaciones de Derecho Universidad Complutense de Madrid, 2004.
- Díaz Ricci, Sergio, “Supremacía de la Constitución” en *Estudios de teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Raúl Modoro y Pedro de Vega, dirs. España, Universidad Complutense de Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense - Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II.
- Fernández Rodríguez, José Julio, “Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión”, en Miguel Carbonell, *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- Fix-Zamudio, Héctor, *Justicia Constitucional, Ombedsman y Derechos Humanos*, 2a. ed. México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2001.
- Galiana Saura, Ángeles, “La actividad legislativa en el Estado social de Derecho” en *Cuadernos E. de Filosofía del Derecho*, Número 2, marzo, 1999, Universidad Rovira i Virgili, España.
- Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos Normativos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- , “La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, número 108, septiembre-diciembre, 2003.
- , *Teoría del Derecho, Cuestiones Relevantes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
- Pfersmann, Otto, “Carré de Malberg y la jerarquía normativa”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, Número 4, enero-junio de 2001, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- Rabasa, Emilio, *La Constitución y la Dictadura*. México, Comité de Asuntos Editoriales, Cámara de Diputados LVII Legislatura, 1999.
- Rangel Hernández, Laura, “La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la Constitución Mexicana. Un avance en el acceso a la justicia constitucional” en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, Número 18, enero-junio, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, 2002.
- Roa Ortiz, Emmanuel, “Bases Axiológicas de la Norma Superior” *Periódico ABZ. Información y Análisis Jurídicos*. México, Anuario 1996, ABZ editores, 1996.
- Vázquez Luis Daniel y Serrano, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, coords. *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

⁵⁰ Cf. En ese sentido, Miguel Carbonell, *Constitución, Reforma Constitucional y Fuentes del Derecho en México*, op.cit., nota 29, pp. 153-154.

Villaverde, Ignacio, “La inconstitucionalidad por omisión un nuevo reto para la justicia constitucional”, en Miguel Carbonell, coord., *En busca de las nor-*

mas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

Del incumplimiento de obligaciones al favorecimiento indebido en el delito de corrupción en los negocios*

Elena Beatriz Fernández Castejón

Universidad Miguel Hernández de Elche

RESUMEN: Con la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal, el legislador español mantiene la tendencia de crear tipos penales simbólicos de difícil aplicación en la práctica judicial. Un ejemplo paradigmático de ello es la modificación llevada a cabo en el delito de corrupción en los negocios. El presente trabajo analiza las pretensiones del legislador al prescindir de la cláusula referida al incumplimiento de obligaciones para configurar el “favorecimiento indebido” como elemento nuclear del artículo 286 bis. Las conclusiones finalmente alcanzadas aportan criterios para la interpretación necesariamente restrictiva de este delito como reacción a la ampliación del ámbito de lo punible llevada a cabo con la reforma.

PALABRAS CLAVE: Corrupción en los negocios, deberes fiduciarios, deber de lealtad, derecho de la competencia, favorecimiento indebido.

ABSTRACT: With the Organic Law 1/2015, which reformed the Criminal Code, the Spanish legislator continues the tendency to create symbolic criminal types that are difficult to apply in judicial practice. A paradigmatic example is the modification of the crime of private corruption. This paper analyzes the legislator's intent in eliminating the clause referring to breach of duty and configuring “undue favoritism” as a key element of article 286 bis. The conclusions reached provide criteria for the necessarily restrictive interpretation of this crime as a reaction to the expansion of the scope of what is punishable following the reform.

KEY WORDS: private corruption, fiduciary duties, duty of loyalty, competition law, undue favoritism.

SUMARIO: 1. Primera aproximación al alcance de la reforma de un delito con apenas cinco años de historia: el tipo penal de corrupción en los negocios tras la LO 1/2015, de 30 de marzo. 2. Cambio del elemento normativo del tipo y ¿consecuente cambio del bien jurídico protegido?: del incumplimiento de obligaciones al favorecimiento indebido. 3. Conclusiones y criterios para una interpretación restrictiva del delito de corrupción en los negocios.

Rec: 22-05-2017 | Fav: 07-07-2017

* El presente artículo es una versión reducida que se corresponde, en lo esencial, con el trabajo titulado “Corrupción en los negocios: el ‘favorecimiento indebido’ como elemento nuclear del nuevo artículo 286 bis tras la reforma de 2015”, publicado en CPC, núm. 117, 2015.

1. Primera aproximación al alcance de la reforma de un delito con apenas cinco años de historia: el tipo penal de corrupción en los negocios tras la LO 1/2015, de 30 de marzo

¿Se ciñe estrictamente el tipo penal de corrupción en los negocios a la protección de la leal competencia dejando definitivamente las infracciones de los deberes de lealtad para con la empresa fuera del ámbito de lo típico? ¿Qué tipo de prácticas en las relaciones económicas serán entonces típicas conforme a la redacción vigente? ¿Acaso sólo se pretenden castigar ahora aquellas infracciones más graves de las reglas de la leal competencia o el legislador ha pretendido ir más allá? ¿Cumplirá entonces la reforma en esta materia con el objetivo declarado en el Preámbulo de “garantizar la aplicación de estos preceptos en todos los casos en los que, mediante el pago de sobornos, en beneficio propio o de tercero, se obtienen posiciones de ventaja en las relaciones económicas?”² Para poder dar respuesta a estas preguntas y entender así la trascendencia de las distintas modificaciones llevadas a cabo por el legislador de 2015 en materia de corrupción privada, sería necesario partir de la interpretación jurisprudencial del tipo penal anterior a la reforma, tarea ardua de acometer en un delito que, desde su introducción por la reforma de 2010 ha tenido una nula aplicación.³ Esta falta de desarrollo en la práctica judicial posiblemente responda, además de

la ausencia de sensibilización social, a la complejidad de la anterior estructura típica, que ha sido corregida en gran medida por la reforma del Código Penal. Lo cierto y verdad es que gran parte de la doctrina⁴ ya viene reparando desde hace varios años en el grave problema que supone la creación de leyes en esta materia, especialmente en el ámbito penal, que después tienen escasa aplicación y sobre todo, en los efectos nocivos que puede suponer seguir con esta dinámica.

Desde luego, este fenómeno no es nuevo, pues ya desde la década de los noventa en la que se empezaron a airear los grandes escándalos de corrupción en nuestro país⁵ hasta las recientes reformas, la tendencia constante del legislador —independientemente del partido político en el poder— ha sido la utilización en gran medida, simbólica, del Derecho penal en materia de corrupción, dejando a un lado los principios de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos.⁶ Sin embargo, la inclusión de este delito con la LO 5/2010, de 22 de junio, vino respaldado además, como afirma el apartado XIX del Preámbulo de dicha Ley, por la transposición a nuestro Ordenamiento Jurídico de la Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. Esta DM en su artículo 2 preveía la regulación de la corrupción activa y pasiva en el sector privado del siguiente modo: “1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que los siguientes actos intencionados constituyan

¹ Einstein, A.: “My First Impressions of the U.S.A.”, en *Ideas and Opinions*, Crown Publishers, Inc., New York, 1960, p. 6. Frase mencionada por el autor al hilo de la Ley Seca, pero totalmente extrapolable en este aspecto a la política seguida por el legislador en la regulación penal de la corrupción en los negocios.

² Vid. apartado XVIII del Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo.

³ Reparando también en esta llamativa ausencia de aplicación en la práctica judicial del art. 286 bis previo a la reforma de 2015, García Albero, R.: “XXXII Corrupción en los negocios y modificación del cohecho”, en *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 554.

⁴ De una forma bastante generalizada se ha ido extendiendo entre los autores esta idea, especialmente en lo referido a los delitos de corrupción en el ámbito público, aunque con distintos matices. Vid. García Arán, M.: “El delito de tráfico de influencias en el Código Penal de 1995”, en Muñoz Conde, F.J. (Dir.): *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 1997, p. 103; Díaz y García Conlledo, M.: “El delito de tráfico de influencias”, en Asua Batarrita, A. (Ed.): *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, p. 177; Díaz y García Conlledo, M. / Olaizola Nogales, I.: “La responsabilidad penal de los funcionarios”, en *Auditoría Pública*, núm. 6, 1996, pp. 47 y ss.; más recientemente, Díaz y García Conlledo, M.: “Corrupción y delitos contra la Administración Pública. Insuficiencias y límites del Derecho penal en la lucha contra la corrupción: el ejemplo español”, en *Revista de Derecho*, núm. 7, 2014, pág. 171 y ss., entre otros.

⁵ Vid. el profundo análisis sobre esta cuestión en el magnífico trabajo de Díaz y García Conlledo, M.: “Corrupción y delitos...”, *ob. cit.*, págs. 171 y ss.

⁶ En este sentido, Gili Pascual, A.: “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 09, 2007, p. 13:12; Martínez Buján, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 3ª ed., 2011, p. 308, considerando que la tipificación del delito de corrupción privada a través de la LO 5/2010, obedece a un propósito esencialmente simbólico; Queralt Jiménez, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª ed., 2010, pp. 623 y ss.; El Mismo: “Notas sobre la corrupción privada en el Proyecto de Código Penal”, en *Iuris*, núm. 147, 2010, pp. 17 y ss. Bolea Bardón, sin embargo, refiriéndose específicamente a la incriminación de la corrupción privada en el Código Penal, rechaza la crítica de que sea un caso de Derecho penal simbólico, pues tacha de incorrecta la afirmación de que este nuevo tipo nació “con vocación de no ser aplicado nunca”, Bolea Bardón, C.: “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, en *Indret*, núm. 2/2013, p. 6.

una infracción penal cuando se lleven a cabo en el transcurso de actividades profesionales: a) prometer, ofrecer o entregar, directamente o a través de un intermediario, a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, una ventaja indebida de cualquier naturaleza para dicha persona o para un tercero, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones; b) pedir o recibir, directamente o a través de un intermediario, una ventaja indebida de cualquier naturaleza, o aceptar la promesa de tal ventaja, para sí mismo o para un tercero, cuando se desempeñen funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones”. Aunque no es este el único instrumento internacional que demandaba su previsión,⁷ sí es cierto que esta Decisión Marco orientaba directamente la necesidad de sanción de esta conducta precisamente con el interés a tutelar, la protección de la leal competencia.⁸ La cuestión que nos atañe ahora, por tanto, ya no es tanto si debe preverse o no el delito de corrupción en los negocios en nuestro ordenamiento jurídico—penal—pues la necesidad de cumplir con las obligaciones derivadas de los instrumentos internacionales ratificados por España, así como su previsión finalmente en 2010 puso broche final a esta discusión—, lo que se plantea ahora es si realmente la nueva redacción dada por el legislador de 2015 protege el bien jurídico que legitima la intervención penal en este ámbito⁹ cumpliendo con la finalidad manifiestamente declarada por el marco normativo internacional que lo identifica con las reglas que garantizan la leal competencia en el ámbito económico. Al análisis de esta cuestión dedicaré las líneas que siguen, sin llevar a cabo por tanto, un análisis exhaustivo de cada uno de los elementos que integran el delito de corrupción en los negocios tras la reforma, sino sólo aquellos aspectos en concreto que puedan tener una mayor re-

levancia a efectos de dar respuesta a las cuestiones planteadas.

2. Cambio del elemento normativo del tipo y ¿consecuente cambio del bien jurídico protegido?: del incumplimiento de obligaciones al favorecimiento indebido

La nueva redacción del delito de corrupción en los negocios, que estructuralmente es una modalidad del delito de cohecho, tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, prescinde de la referencia que hacía la anterior redacción de este artículo al “incumplimiento de obligaciones”, fórmula empleada también en la ya citada Decisión Marco¹⁰ que en su art. 1 explicaba que esta expresión se debía entender conforme al Derecho nacional de cada Estado, pero debiendo incluir como mínimo cualquier comportamiento desleal que constituyera un incumplimiento de una obligación legal o, en su caso, de las normas o reglamentos profesionales que se aplican en el sector de actividad de que se trate a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado. De esta forma, la corrupción privada se configuraba como un delito de deslealtad de los agentes de la empresa privada para con el principal (la entidad privada). No obstante, como ya se ha apuntado anteriormente, el delito de corrupción privada—ahora denominado por el legislador español de 2015 como corrupción en los negocios—, no tenía por qué ir ligado a la infracción de los deberes de lealtad de los agentes de la empresa, pues lo que se pretendía en última instancia era la protección de la leal competencia “respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales”.¹¹

Siendo así, en un primer vistazo, la eliminación de este requisito parece un acierto del legislador, no sólo por la discusión que había generado en la doctrina sobre el tipo de obligaciones a que se refería exactamente el precepto,¹² sino sobre todo por la distorsión

⁷ Sobre esto, con más detenimiento, Blanco Cordero, I.: “La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas”, en *Diario la Ley*, núm. 7534, Sección Tribuna, 23 dic. 2010.

⁸ En este sentido, el Preámbulo de dicha Decisión Marco explica que de lo que se trata es de prevenir las conductas de soborno en los negocios entre particulares, en tanto que “distorsionan la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impiden un desarrollo económico sólido”.

⁹ Según expresa la *voluntas legislatoris* manifestada en la Exposición de Motivos LO 5/2010, al explicar que “La idea fuerza en este ámbito es que la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de las entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho”.

¹⁰ Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

¹¹ Como manifiesta el considerando 9 de la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003.

Del incumplimiento de obligaciones al favorecimiento indebido en el delito de corrupción en los negocios

e incoherencia que planteaba en relación con el verdadero bien jurídico protegido.¹³ A éstas y otras cuestiones conflictivas que planteaba la referida fórmula, dedicaré el apartado siguiente.

2.1. Problemas interpretativos de la fórmula “incumplimiento de obligaciones” del agente con el principal bajo la regulación anterior

El incumplimiento de deberes del agente con el principal en el ámbito de la empresa ha sido una cuestión profusamente estudiada, no sólo en Economía —en la que se denomina principal a quien encarga a hacer algo a otro, el agente, quien se obliga a cumplir el encargo del primero¹⁴—, sino también en el ámbito del Derecho empresarial, especialmente en España en el Derecho privado con implicaciones prácticas realmente importantes¹⁵ y en la doctrina de corte anglosajón con trascendencia tanto en el ámbito del Derecho privado como en el de Derecho público,¹⁶ especialmente en el Derecho penal económico-empresarial.¹⁷ No es éste el lugar para profundizar en el importante desarro-

llo que han tenido estos deberes en el Derecho penal económico-empresarial anglosajón,¹⁸ baste ahora con destacar la coincidencia plena del desarrollo de los mismos con una de las alternativas interpretativas que ha sido planteada y ampliamente aceptada por la doctrina española respecto a este elemento normativo de la anterior redacción del tipo. Existían otras y no menos interesantes interpretaciones de esta fórmula y cuyas consecuencias prácticas, obviamente, si se optara por una u otra, serían diversas. El contenido de las obligaciones que imponía esta expresión bajo la redacción anterior del tipo de corrupción privada, podían ser agrupadas en dos grandes sectores doctrinales, orientados cada uno de ellos a una distinta comprensión del bien jurídico protegido en este delito.

- a) Una posición doctrinal mayoritaria¹⁹ consideraba que las obligaciones a las que se refería el precepto no podían ser otras que aquellas estrictamente ligadas a los deberes fiduciarios básicos de los agentes de la empresa para con el principal, cuales son el deber de cuidado

¹² García Albero, R.: “XXXII Corrupción en los negocios...”, *ob. cit.*, p. 558.

¹³ Por ello, había autores que consideraban que no podía ser éste estrictamente el bien jurídico protegido, sino que más bien confluía con otros. Véase en este sentido, entre otros a Andrés Domínguez, A. C.: “El nuevo delito de corrupción entre privados (art. 286 bis CP)”, en Álvarez García, F. J. (Coord.): *Libro homenaje al Prof. Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 356—357; Bolea Bardón, C.: “El delito de corrupción...”, *ob. cit.*, p. 21; Cortés Bechiarelli, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, en Juanes Peces, A. (Dir.): *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Situación jurídico-penal del empresario*, El Derecho, Madrid, 2010, pp. 232—233; Gili Pascual, A.: “Bases para la delimitación...”, *ob. cit.*, pp. 9—13; Morales Prats, F./ Morón Lerma, E.: “Corrupción entre particulares (comentario al artículo 286 bis del CP)”, en AAVV: *La corrupción a examen*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 121—122; Otero González, P.: “La corrupción en el sector privado: el nuevo delito previsto en el art. 286 bis 1, 2 y 3 del Código penal”, en *La Ley penal*, 2011, núm. 87, p. 43. Al fin y al cabo, si la finalidad del legislador era proteger en principio el mantenimiento de una competencia leal en el mercado, lo cierto es, como apunta Puente Aba, que la configuración original de esta infracción delictiva no permitía “que con tal configuración resultara convenientemente tutelado”, Puente Aba, L. M.: “*Corrupción en los negocios (Art. 286 bis CP)*”, en González Cussac, J. L. (Dir.): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 919.

¹⁴ Magistralmente tratada esta cuestión en Arruñada, B.: *Teoría contractual de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

¹⁵ Sobre las implicaciones jurídica—prácticas que puede tener esta cuestión a partir de un caso en la jurisprudencia española, Coderch, P. S./Crende, A. F.: “España c. Boliden Apirsa: Comentario a la STS, 3ª, 22.11. 2004”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2005, pp. 8 y ss.

¹⁶ Posner, E.A.: “Agency Models in Law and Economics. The Coase Lecture Winter 2000”, en *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, núm. 92, University of Chicago, 2000: “[A]n agency relationship, in its simplest version, is a relationship in which one person, the “principal,” benefits when another person, the “agent” performs some task with care or effort”.

¹⁷ Sobre la trascendencia práctica del incumplimiento de los deberes del agente con el principal en este ámbito, véase el caso *Bahrle v. Exxon Corp.*, 145 N. J. 144, 156, 678 A.2d 225, 231 (1996). Especialmente referida al incumplimiento del deber de cuidado (*duty of care*) y el deber de lealtad (*duty of loyalty*), el caso *Ryan v. Lyondell Chemical Company*, C. A. No. 3176— VCN (July, 29, 2008).

¹⁸ Para mayor profundidad sobre este aspecto en concreto, Forrester, C. M. / Ferber, C. S. *Fiduciary Duties and Other Responsibilities of Corporate Directors and Officers*, RR Donnelley. 2008.

¹⁹ Entendía este sector doctrinal que tal configuración del delito de corrupción privada parecía apuntar al objetivo de proteger no exactamente la libre competencia, sino destacadamente los intereses económicos del titular de la empresa y los deberes de fidelidad hacia él por parte de sus empleados, Andrés Domínguez, A. C.: “El nuevo delito de corrupción...”, *ob. cit.*; p. 352; Bolea Bardón, C.: “El delito de corrupción...”, *ob. cit.*, p. 11; Cortés Bechiarelli, E.: “La llamada corrupción...”, *ob. cit.*, p. 232; Martínez—Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 381—383; Navarro Frías, I./Melero Bosch, L.V.: “Corrupción entre particulares y tutela del mercado”, en *Indret*, 4/2011, pp. 14 y 15.

²⁰ Forrester, C. M. / Ferber, C. S. *Fiduciary Duties and...*, *ob. cit.*, pp. 13—33.

²¹ Especialmente referido al incumplimiento del deber de cuidado (*duty of care*) y el deber de lealtad (*duty of loyalty*), el caso *Ryan V. Lyondell Chemical Company*, C. A. No. 3176— VCN (July, 29, 2008).

(*duty of care*) y el deber de lealtad (*duty of loyalty*), de profuso desarrollo en la doctrina²⁰ y jurisprudencia²¹ anglosajona. Se entendían según este sector doctrinal, las obligaciones impuestas por este precepto como obligaciones *ad intra*²², siendo por tanto el interés jurídico a tutelar por este delito en última instancia, la leal competencia pero sólo en la medida en que se traiciona la lealtad para con el principal (la entidad privada), configurándose como un delito pluriofensivo.²³ De esta forma, se interpretaba el anterior delito de corrupción privada como una especie de modelo mixto de administración desleal *ad intra* y de competencia desleal *ad extra*. Así, entendían que este tipo penal se configuraba como un delito de deslealtad por parte de los agentes de la empresa hacia la entidad misma de la que formaban parte, y de este modo, el incumplimiento de principios estrictamente relacionados con estos deberes, como el principio iusprivatista de buena fe y otros que más adelante enunciaremos, entraban dentro de la esfera de lo punible.

- b) Otra posición doctrinal —minoritaria— era la que llevaba a cabo una interpretación del elemento normativo más acorde con la ya mencionada Decisión Marco 2003/568/JAI, orientando el interés jurídico a tutelar estrictamente hacia la leal competencia.²⁴ De este modo, según este sector doctrinal las obligaciones cuyo incumplimiento generarían responsabilidad penal por el delito de corrupción bajo la legislación anterior serían obligaciones *ad extra* relacionadas con la leal competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales. Estas últimas son, como expresa la Decisión Marco, las derivadas del Derecho nacional, que en este caso remite directamente

a la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y la Ley 3/1991 de 10 de enero de Competencia Desleal. Concretamente, la Ley de Competencia Desleal en su artículo 14 hace referencia a los “deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores”, los trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, considerando la inducción para su infracción como un acto desleal; mientras que la Ley de Defensa de la Competencia prevé en sus arts. 7 y 10 determinadas sanciones siempre y cuando la infracción de estos deberes distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado;²⁵ aunque fácilmente se puede advertir que en el castigo de este tipo de conductas está presente en exceso el riesgo de incluir conductas socialmente adecuadas.²⁶

No obstante, y aun siendo esta segunda posición más acorde con el marco normativo internacional que dio pie a la introducción de este delito, para poder determinar cuál de las dos interpretaciones apuntadas ofrecía más ventajas adicionales y entender si ello es coherente con la modificación legislativa llevada a cabo por la LO 1/2015, debemos reparar con más detenimiento en sus posibilidades interpretativas, sobre todo, en lo que respecta a cuáles son en concreto los deberes a los que podía referirse esta fórmula y si con la actual redacción se prescinde totalmente del cumplimiento de los mismos. A ello dedicaré las siguientes líneas.

2.1.1. Incumplimiento de obligaciones del agente con el principal derivadas de los deberes fiduciarios

Se ha apuntado que bajo la regulación anterior del delito de corrupción privada existía un sector doctrinal mayoritario que entendía que el mismo se

²² En este sentido, García Albero, R.: “XXXII Corrupción en los negocios...”, *ob. cit.*, p. 559.

²³ Gili Pascual, A.: “Bases para la delimitación...”, *ob. cit.*; Castro Moreno, A.: *Capítulo 13, Corrupción entre particulares*, Memento Experto Reforma Penal 2010, Francis Lefebvre, 2010.

²⁴ Otero González, P.: “Corrupción entre particulares (Delito de)”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2014, p. 179.

²⁵ Sobre esto, véase también Gómez—Jara Díez, C.: “Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?”, en *Icade. Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 74/2008, p. 232.

²⁶ Vid. Dannecker, en Kindhäuser / Neumann / Paeffgen: *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar*, 2005, § 299, n. m. 39; Diemer / Krick, en Joecks / Miebach: *Münchener Kommentar. Strafgesetzbuch*, 2005, § 299, n.m. 20; Tiedemann, K.: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 11ª ed., 2001, § 299, n.m. 49. Plantea en este sentido Gómez—Jara, “¿puede constituir corrupción en el sector privado, el envío de cestas de Navidad a clientes para que sigan contratando los servicios de la empresa que se representa y no se vayan con otra?”, Gómez—Jara Díez, C.: “Corrupción en el sector...”, *ob. cit.*, p. 227.

Del incumplimiento de obligaciones al favorecimiento indebido en el delito de corrupción en los negocios

configuraba como una especie de modelo mixto de administración desleal *ad intra* y de competencia desleal *ad extra* en el que exclusivamente si se lesionaban las obligaciones contractuales que imponían no dañar al mandante (al principal), se encontraba en la esfera de lo punible.²⁷ Sin embargo, en el ámbito jurídico-laboral llama la atención la obstinación del legislador por no emplear los términos fidelidad ni lealtad para hacer referencia a estos deberes fiduciarios básicos,²⁸ utilizando como sinónimo en la legislación laboral, la referencia al principio de buena fe contractual, estrechamente relacionado con éstos. Así, el art. 5.a) en relación con el art. 58 del Estatuto de los Trabajadores, prevé el deber de cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia. El problema interpretativo que surge entonces es el hecho de que con la interpretación eminentemente patrimonialista del concepto de “buena fe”, se haría necesaria la efectiva realización de un daño patrimonial para que pudiera reputarse como típica la conducta en este delito. Sin embargo, el hecho de que la corrupción en los negocios “contribuya a socavar valores como la confianza o la lealtad, que son necesarios para mantener y desarrollar las relaciones sociales y económicas”,²⁹ hace que, incluso no existiendo un perjuicio pecuniario específico para la víctima, la corrupción privada perjudique al conjunto de la sociedad,³⁰ debiendo ser en todo caso, combatida por el Estado de Derecho.³¹ Siendo así, no podemos encontrar en el ámbito del Derecho laboral aquellos deberes que dotaban de contenido a esta fórmula, por lo que debemos recurrir a la normativa extra-penal que analiza estos deberes en otros campos.

Más allá del ámbito estrictamente laboral, en la **disciplina mercantilista** ha habido un amplio desarrollo de los que en su conjunto se denominan deberes

fiduciarios, de origen anglosajón, los cuales se han categorizado en tres tipos de deberes: el de lealtad (*duty of loyalty*), el de cuidado o diligencia (*duty of care*) y el de información (*duty of candor*). A los efectos que aquí nos interesan, el deber que puede dotar de mayor contenido a este elemento normativo del tipo penal de corrupción en los negocios es el deber de lealtad. No obstante, no debe dejar de repararse en el hecho de que, conforme a la regulación anterior estas obligaciones eran vinculantes —y lo son, puesto que se mantiene en la regulación actual— exclusivamente para los directivos, administradores, empleados o colaboradores, siendo éstos los únicos que podían cometer el delito de corrupción pasiva, así como los únicos respecto de los cuales podía constituirse la corrupción activa. Así las cosas, estas obligaciones son las que se consagran por ejemplo, y así lo destaca la doctrina,³² en la Ley de Sociedad de Capital³³ para los administradores, que pueden clasificarse de acuerdo con las siguientes categorías:

- a) **Deber general de diligencia.** Contemplado en el art. 225, este deber genérico se desgana en los siguientes: el deber de desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario (apdo. 1), en la obligación de tener la dedicación adecuada y adoptar las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad (apdo. 2), y en el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.
- b) **Deberes de lealtad.** En los artículos 226 y 227 de la ley se prevén las obligaciones de actuar de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecua-

²⁷ En este sentido, García Albero, R.: “XXXII Corrupción en los negocios...”, *ob. cit.*, p. 559.

²⁸ Nieto Martín explica que esto se debe a que en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 la idea de fidelidad se interpretaba “como un resabio de la concepción autoritaria de las relaciones de trabajo propia del nacionalsindicalismo español”. Actualmente, por esto, “el concepto de buena fe se concreta alejándolo de cualquier referencia de deberes éticos y dotándolo de un significado esencialmente patrimonial”; Nieto Martín, A.: “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)”, en *Revista penal*, núm. 10, 2002, p. 58.

²⁹ Villameriel Presencio, L.P.: “Derecho penal: Algunas reformas necesarias en la actual legislatura”, en *La Ley*, núm. 6314, 2005, p. 11.

³⁰ Sobre esto, Kindhäuser: “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”, en *Polit.Crim.*, núm. 3, 2007, pp. 1 y ss.

³¹ Gómez—Jara Díez, C.: “Corrupción en el sector...”, *ob. cit.*, p. 226.

³² García Albero, R.: “XXXII Corrupción en los negocios...”, *ob. cit.*, p. 560.

³³ Modificada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (Vigente hasta el 01 de Enero de 2016).

do; así como el deber de desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. Mientras que en el art. 228, se muestra un amplio catálogo de las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad, entre la que debe destacarse, a los efectos que aquí nos interesan para el delito de corrupción privada, la obligación de desempeñar las funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

- c) **Deber de evitar situaciones de conflicto de interés.** De esta última categoría, prevista en el art. 229, resalta especialmente por la trascendencia que debe tener para el delito de corrupción privada, el deber de abstenerse de obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, “salvo que se trate de atenciones de mera cortesía”, deber negativo previsto en el apartado e) de este artículo. No debe dejar de repararse, en lo interesante de esta última cláusula que hace referencia a las atenciones de mera cortesía, pues debería dejar fuera del ámbito de lo típico actos ampliamente aceptados en nuestra sociedad, como el envío de cestas de Navidad a clientes o la propina a un camarero. Cuestión más discutible sería la de la atipicidad en este sentido también, de una de las figuras más controvertidas en este ámbito: la del “visitador médico”, el representante de las empresas farmacéuticas que visita a los médicos para hablarles de los nuevos medicamentos y ofrece regalos; y más allá de este supuesto, podría plantearse también la cuestionable atipicidad del ofrecimiento de regalos al director de una sucursal bancaria para que siga dispensando un trato flexible en la concesión de un préstamo hipotecario.³⁴

También en el ámbito estrictamente civilista destaca la doctrina³⁵ las obligaciones del deber de diligencia y lealtad de los artículos 1718 y ss. del Código Civil cuando se trate de directores o apoderados. Si

bien, aun con este profuso desarrollo doctrinal, como ya adelantaba, para un sector de la doctrina que parece ser el que finalmente ha sido escuchado por el legislador de 2015, el incumplimiento de las obligaciones que exige el delito de corrupción privada ha de ser de otra naturaleza. Es el momento ahora de reparar nuestra atención en los deberes derivados de las reglas de la leal competencia.

2.1.2. Incumplimiento de obligaciones derivadas de las reglas de la leal competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales

Si bien es cierto que conforme al art. 38 de la Constitución Española, se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y por tanto, al empresario se le debería permitir decidir más allá de lo que se le permite al empleado, esto no obsta para que al mismo le sean —y de hecho le son— aplicables las normas tanto de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, como de la Ley 3/1991 de 10 de enero de Competencia Desleal. Lo que se plantea por tanto en este punto es si esta libertad empresarial tiene una aplicación tal que permite justificar los supuestos en los que la aceptación de una relación comercial es producto de un beneficio que le ofrece la contraparte.³⁶ En este sentido, deberíamos cuestionarnos si cualquier decisión o gestión de este tipo, bajo el paraguas de la libertad empresarial sería atípica o bien esta clase de conductas deben reputarse típicas de acuerdo al art. 286 bis. Lo cierto y verdadero es que de las dos interpretaciones que hemos ido analizando a lo largo de este trabajo sobre la fórmula “incumplimiento de obligaciones”, parece que la más acorde con el sentido de la Ley y del marco normativo internacional, era aquella que orientaba el interés jurídico a tutelar estrictamente hacia la leal competencia y por tanto, debía dotarse de contenido a estas obligaciones mediante la normativa nacional relativa a la leal competencia, por lo que, el planteamiento de si las conductas como la anteriormente comentada, entran dentro del ámbito de lo típico, no es una cuestión baladí. Mucho menos lo será, si tenemos además en cuenta el hecho de que parece que está la línea

³⁴ Supuesto planteado por Gómez—Jara Díez, C.: “Corrupción en el sector...”, *ob. cit.*, p. 227.

³⁵ Entre otros autores, García Albero, R.: “XXXII Corrupción en los negocios...”, *ob. cit.*, p. 560.

³⁶ Navarro Frias, I./Melero Bosch, L.V.: “Corrupción entre particulares...”, *ob. cit.*, pp. 14 y 15.

Del incumplimiento de obligaciones al favorecimiento indebido en el delito de corrupción en los negocios

interpretativa que finalmente parece haber acogido el legislador de 2015, como analizaremos más adelante.

Así las cosas, para poder considerar un acto constitutivo de corrupción privada activa o pasiva, deberemos especificar en qué conducta de las prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia y Ley de Competencia Desleal ha incurrido el sujeto que es oferente o aceptante de la ventaja injustificada. Así, habrá que comprobar por ejemplo, que se trata de una venta a pérdida del art. 17 de la Ley de Competencia Desleal o un acto discriminatorio del consumidor en materia de precios del art. 16 de la misma Ley. Con esta afirmación damos respuesta a la pregunta anteriormente planteada en el supuesto de ofrecimiento de regalos al director de una sucursal bancaria para que siga dispensando un trato flexible en la concesión de un préstamo hipotecario, pues claramente esto infringe las reglas de la leal competencia. Sin embargo, más que la trascendencia práctica del elemento normativo del tipo según esta segunda interpretación, lo realmente relevante en este punto es cuestionarnos los motivos que han llevado al legislador a su supresión si, orientándolo al cumplimiento de deberes estrechamente ligados a la leal competencia bajo la anterior redacción, ya resultaba armónico y coherente con lo que demandaba la normativa internacional. Es el momento ahora de analizar las implicaciones prácticas que supone la eliminación de este elemento por la reforma de 2015.

2.2. La finalidad de favorecer indebidamente prescindiendo del incumplimiento de las obligaciones: adelantamiento de las barreras de punición y redefinición del bien jurídico protegido

La eliminación de la fórmula “incumplimiento de obligaciones” no sólo ha dado lugar a la conversión del “favorecimiento indebido” en el elemento nuclear del actual artículo 286 bis tras la LO 1/2015, de 30 de marzo, sino que ha supuesto como consecuencia interpretativa en la práctica que el receptor de la ventaja o beneficio ya no tiene por qué ser quien asume la función de contratar en nombre o por cuenta de la empresa,³⁷ sino que basta con que

tenga la capacidad para favorecer “indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales”. En este aspecto, —que como veremos, no es el único—, se ve ampliado el ámbito de lo punible bajo la nueva regulación. Así, desde esta perspectiva, considero que no es descabellado interpretar que el supuesto de los “visitadores médicos” anteriormente planteado, podría entrar ahora en el ámbito de lo típico, siempre que las comisiones recibidas lo sean por facultativos de la salud que trabajen en el sector privado por cuenta ajena bajo la dependencia de otro y el principal no fuera concededor de la recepción de tales beneficios. En este sentido, concretamente en relación a los sujetos activos del delito, debemos hacer una mención especial a la ausencia de la referencia al empresario —el titular de la empresa—, incluyéndose en el círculo de los sujetos activos únicamente al “directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil”. Tanto los sujetos incluidos, como el propio empresario, pueden determinar la ejecución de este tipo de actividades delictivas, por lo que este olvido por parte del legislador no permite una tutela completa del bien jurídico en este ámbito.³⁸

Por otro lado, se podría decir que si la anterior mención al incumplimiento de obligaciones sugería —siguiendo la segunda de las interpretaciones posibles que orientaba éstas a la normativa extrapenal relativa a la leal competencia— un modo de especificar el medio a través del cual se consumaba la agresión a la competencia, esto es, mediante el incumplimiento de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, como de la Ley 3/1991 de 10 de enero de Competencia Desleal y la normativa concordante, lo que resultaba bastante orientativo y daba pautas para aplicar de forma restrictiva este tipo penal, el hecho de que el legislador lo haya suprimido no comporta la obligación de prescindir de las mismas a efectos interpretativos. Es decir, podría considerarse ahora que la supresión de este elemento es una manifestación más del adelantamiento de las barreras de punición en el ámbito de la corrupción y prescindir totalmente de la constatación del incumplimiento

³⁷ Ya que, como se ha analizado anteriormente, únicamente quien tenía estas funciones, podía incumplir tales deberes. En este sentido, García Albero, R.: “XXXII Corrupción en los negocios...”, *ob. cit.*, p. 560.

³⁸ En este sentido, Miró Llinares, F.: “Capítulo vigésimo. Delitos contra bienes inmateriales, corrupción y receptación: análisis y consideraciones críticas ante la nueva reforma penal”, en Morillas Cueva, L. (Dir.): *Estudios sobre el Código Penal reformado. Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015*, Dykinson, 2015; también Puente Aba, L. M.: “Corrupción en los negocios...”, *ob. cit.*, p. 920.

de la normativa relativa a la competencia desleal. Sin embargo, ésta no parece ser la orientación óptima que deberíamos darle a la interpretación del actual precepto de corrupción en los negocios, si pretendemos seguir respetando los principios clásicos de fragmentariedad e intervención mínima del Derecho penal. Por último, y en relación con el bien jurídico protegido, el tipo penal bajo la nueva redacción ya no puede dar lugar a debate sobre su exclusiva protección de la leal competencia, pues el legislador deja así definitivamente las infracciones de los deberes de lealtad para con la empresa fuera del ámbito de lo típico. De esta forma, y como ya se ha ido adelantando, sólo adquirirán relevancia penal aquellos ataques —*ad extra*— a la competencia leal realizados con incumplimiento de las obligaciones que derivan de la Ley de Defensa de la Competencia y de la Ley de Competencia Desleal. Este posicionamiento permite justificar la idéntica penalidad prevista para los casos de corrupción activa y pasiva en el hecho de que la competencia desleal se ve igualmente afectada cuando se realiza la conducta de “ofrecer” o de “aceptar”.³⁹

3. Conclusiones y criterios para una interpretación restrictiva del delito de corrupción en los negocios

Si la doctrina penal española y alemana relaciona los paradigmas de expansión y administrativización del Derecho penal con la enorme disminución de la tolerancia hacia la inseguridad en la actual sociedad del riesgo en la que vivimos,⁴⁰ la expansión del Derecho penal económico y el aumento de los delitos de peligro en este ámbito es una manifestación más de esta creciente tendencia. Al inicio de este trabajo apuntábamos que la modificación legislativa respecto al delito de corrupción en los negocios respondía a la voluntad declarada por el legislador en el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de garantizar la aplicación de estos preceptos en todos los casos en los que, mediante el pago de sobornos, en beneficio propio o de tercero, se obtienen posiciones de ventaja en las relaciones económicas.⁴¹ Sin embargo,

parece que el objetivo no va a poder alcanzarse tan fácilmente. Ya mencionábamos la nula aplicación en la práctica del precepto anterior e, independientemente de los motivos ajenos⁴² a la técnica legislativa desacertada de la anterior regulación, que ha sido en parte enmendada por la reforma, es dudoso que la aparente relajación de los requisitos para la aplicación del precepto pueda ir en contra de la posición doctrinal que interpreta el precepto de una forma restrictiva; para la que no sólo basta con la infracción de los deberes de la leal competencia, sino que la infracción de los mismos suponga una “afectación” —*ad extra*— a la competencia leal. En este sentido, el ataque a la competencia leal, tendrá que derivar, no de cualquier tipo de infracción de las normas reguladoras de la leal competencia, ni del mero favorecimiento indebido “a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales”, pues la pena prevista para este delito —prisión de seis meses a cuatro años— requiere necesariamente una mayor antijuridicidad material de la conducta para garantizar los principios clásicos de proporcionalidad e intervención mínima que deben ser respetados en un Estado de Derecho. Así las cosas, este tipo de infracciones deberán tener cuanto menos la consideración de “graves”, frontera que no será fácil trazar entre el ámbito penal y aquellas conductas que deben quedar en el ámbito del Derecho de la competencia, habida cuenta que la distinción pivotaría en la interpretación de un concepto jurídico indeterminado y sujeto a valoración, como es el concepto de gravedad.

No deja de ser cierto que estos esfuerzos por llevar a cabo una interpretación restrictiva del precepto no solucionan —más bien acrecientan— el problema de la creación de figuras con una trascendencia prácticamente simbólica en nuestro panorama jurídico-penal, y aun consciente de los riesgos que ello supone y de sus efectos perniciosos para el conjunto del ordenamiento jurídico-penal, es preferible la previsión de un delito con una prácticamente nula trascendencia en la praxis que caer en el riesgo de castigar conductas inocuas, con una lesividad nimia

³⁹ En este sentido, García Albero, R.: “XXXII Corrupción en los negocios...”, *ob. cit.*, p. 562.

⁴⁰ En este sentido, Miró Llinares, F.: “El ‘moderno’ Derecho penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, p. 7; Silva Sánchez, J.: *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., 2001, pp. 3 y ss., especialmente pp. 36-37.

⁴¹ *Vid.* apartado XVIII del Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo.

⁴² Entre ellos, la ausencia de sensibilización social en el castigo de estas conductas.

Del incumplimiento de obligaciones al favorecimiento indebido en el delito de corrupción en los negocios

e incluso aceptadas ampliamente en una sociedad, pues este tipo de atentados a los principios clásicos del Derecho penal en un Estado democrático de De-

recho, no pueden ser admisibles. Al fin y al cabo, la garantía del menor de los males, en ocasiones es la mejor solución.

Responsabilidad penal y responsabilidad política: elementos para la diferenciación y la confluencia¹

Mercedes García Arán

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.

A Santiago Mir Puig

RESUMEN: *Se analizan las diferencias estructurales entre la responsabilidad política y la responsabilidad penal, especialmente en cuanto a su fundamento y sus fines. El carácter objetivo de la responsabilidad política, también por hechos ajenos, lleva a plantear algunos límites a partir de la comparación con la culpa civil extracontractual, con la que comparte algunos elementos. Sin embargo, el principal límite debe ubicarse en la prohibición constitucional de arbitrariedad. Se analizan también las relaciones entre ambas clases de responsabilidad cuando concurren en un mismo sujeto.*

PALABRAS CLAVE: *Diferencias entre responsabilidad penal y política, límites a la responsabilidad política, concurrencia de responsabilidad penal y política.*

ABSTRACT: *This paper analyzes the difference between criminal and political responsibility, mainly with regard to their foundation and purposes. The objective character of the politic responsibility, also by vicarious liability, lead us to put some limits when compare it with non-contractual civil fault, because both are sharing some elements. However, the mainly limit should be placed in the constitutional ban of arbitrary procedure. Also are analyzed the relationship between both kind of responsibility when two of them are found in the same individual.*

KEY WORDS: *Differences between criminal and political responsibility, limits to the politic responsibility, concurrence of politic and criminal responsibility*

SUMARIO: *1. La delimitación conceptual: sobre su necesidad y su dificultad. 2. Algunas ideas de partida. 3. Los sujetos: responsables políticos, electores y partidos políticos. 4. Los presupuestos: responsabilidad política por hechos propios o ajenos. La cuestión de la relación con el cargo. 5. La responsabilidad objetiva, ¿hasta dónde?. Sobre la virtualidad de los conceptos de culpa in eligendo y culpa in vigilando. 6. Convivencia e interferencias entre responsabilidad penal y responsabilidad política.*

Rec: 16-11-2016 | Fav: 10-10-2017 | Código ORCID: orcid.org/0000-0002-9701-7559

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Plan Nacional de I+D (referencia DER2014-52890-R), “Responsabilidad penal y política, individual y colectiva en los partidos políticos”, del que la autora es investigadora principal.

1. La delimitación conceptual: sobre su necesidad y su dificultad.

Cuando se discute, con mayor o menor solvencia, sobre las eventuales responsabilidades de personas que ocupan cargos públicos, es frecuente la apelación a la existencia de responsabilidad política como algo diferenciado de las responsabilidades jurídicas, especialmente las de carácter penal. Constatado lo anterior, podría afirmarse que no resulta necesaria una mayor definición, habida cuenta que ambos conceptos se manejan cómodamente como distintos sin necesidad de profundizar más allá de la caracterización negativa de la responsabilidad política: es decir, es aquella que *no* es jurídica.

Por otra parte, el frecuente manejo de estos conceptos en el debate político público, contrasta a veces con la confusión prevalente sobre su alcance. Citemos sólo dos de los errores en que incurren más frecuentemente los cargos públicos a quienes se demanda responsabilidad política: bien se alega desconocimiento sobre los hechos ocurridos bajo su cargo (“yo no lo sabía”), bien se remite la respuesta al momento en que exista una solución jurídica formal (“primero deben pronunciarse los jueces”). Obsérvese que con ello se apela a garantías propias de la responsabilidad penal, esto es, la exigencia de dolo (o imprudencia en determinados casos), y la presunción de inocencia.

Debería estar asumido que ninguna de las dos afirmaciones debe impedir —ni siquiera detener— la responsabilidad política del interpelado, precisamente porque son alegaciones propias de aquel a quien se exigen responsabilidades jurídicas, no políticas. Por otra parte, la confusión conduce al conocido fenómeno por el cual se *judicializa* la política, esto es, se desplaza al terreno de lo legal y la comprobación de la legalidad, aquello que debería ser objeto de debate político desde la perspectiva de la oportunidad, la eficacia o la discrecionalidad, con el efecto de convertir a los jueces en actores del debate político, claramente perverso para la división de poderes.

La búsqueda de claridad conceptual siempre que se habla de responsabilidades, se orienta también a evitar dicha judicialización, esto es, a evitar que las controversias políticas se desplacen a ámbitos que no les son propios, con el consiguiente riesgo de contaminarlos con perspectivas que, aun siendo lícitas fuera del ámbito judicial, son claramente perjudiciales en éste.

Adelantemos que las dos cuestiones enunciadas (desconocimiento de los hechos y espera a la prueba judicial) presentan diferentes grados de complejidad que aquí intentaremos aligerar: el conocimiento de los hechos tiene una importancia menor puesto que la responsabilidad política —como veremos—, es de carácter objetivo, mientras que la apelación al pronunciamiento de los jueces apunta a la prueba de los hechos por los que se demanda responsabilidad política, lo que supone un problema que no puede liquidarse sin más con el carácter “no jurídico” de tal responsabilidad. En suma, el mayor problema se sitúa en zonas de confluencia de ambas clases de responsabilidades, especialmente agudo cuando en el mismo sujeto concurren hipotéticamente, responsabilidades políticas y penales.

Con ello apuntamos a la segunda cuestión enunciada en el encabezamiento de este apartado, esto es, la dificultad de delimitación conceptual, que obviamente se produce respecto de la idea de responsabilidad *política*, puesto que en cuanto a la responsabilidad penal no parece haber precisamente escasez de desarrollos académicos.

Ahí radica el principal escollo metodológico: para concretar la responsabilidad política, ¿hasta dónde hay que partir de las categorías clásicas elaboradas por la ciencia jurídica?, ¿sobre la responsabilidad en general o sobre la responsabilidad penal en particular? Parece claro que debe descartarse *ab initio* el enfoque —o la tentación—, de trasladar al ámbito político las exigencias de definición, contenido, consecuencias etc. propias de la responsabilidad jurídico penal, porque si la responsabilidad política es “distinta”, el objetivo no puede ser *juridificarla* hasta eliminarla como concepto autónomo.

Por tanto, nuestro punto de partida se sitúa en la búsqueda del equilibrio entre estos dos polos: en un extremo, la explicación genérica de la responsabilidad política como una exigencia de la democracia, lo que, siendo indudablemente cierto, apunta —como veremos—, al porqué de su exigencia pero no responde a cuestiones como su finalidad o su procedencia y, en otro, la ya descartada pretensión de alcanzar una suerte de juridificación que “codifique” los supuestos, las consecuencias y los procedimientos.

En ese buscado punto intermedio, habrá que decir por qué no son admisibles las excusas citadas más arriba sobre el desconocimiento de los hechos o la espera al pronunciamiento judicial, confusión

con la responsabilidad penal que explica por qué las peticiones de clarificación suelen proceder de los penalistas.²

En definitiva, habrá que intentar explicar por qué la responsabilidad política no es jurificable, pero también por qué es exigible. Y ahí, es donde la teorización jurídica puede hacer aportaciones metodológicas, lo que no significa que se trasladen mecánicamente sus resultados: me refiero a plantear preguntas sobre el porqué y el para qué de la exigencia de responsabilidad política (legitimidad y finalidad), sobre en qué tipo de situaciones puede exigirse (su procedencia) o sobre los sujetos activo y pasivo de la exigencia, todo ello sin desdeñar *a priori* la utilidad orientadora que pueden reportar conceptos como la culpa *in eligendo* o *in vigilando*.

Por las razones apuntadas, no aspiramos a definiciones acabadas, sino a un cierto grado de precisión conceptual que permita una argumentación política más sólida a la que actualmente existe y que evite remitir *toda* exigencia de responsabilidad política a las consecuencias electorales, sin duda importantes, pero claramente difuminadoras de las responsabilidades individuales.

2. Algunas ideas de partida

2.1. Fundamento y fines: la comparación con la responsabilidad penal.

La idea de responsabilidad política se vincula al reproche formulado a un cargo político, por aquellos que le han otorgado su confianza, lo que se resuelve en el apartamiento del cargo mediante el cese o la dimisión. Ello la sitúa en el principio democrático por el que los políticos deben dar cuenta de sus acciones ante quienes les han elegido y aceptar la retirada de la confianza que se ha depositado en ellos. García Morillo explica sus orígenes como independización de la responsabilidad penal, por ejemplo, en la Asamblea Nacional Constituyente francesa (13 de julio de

1789), y su atribución de responsabilidad *moral* a los ministros por “todos los males presentes y los que pudiesen seguir”.³ Así, el reproche encuentra una sede distinta de la responsabilidad penal, cuyo proceso no sólo es inadecuado, sino que resulta incapaz de acoger la valoración genérica de la retirada de confianza al cargo político. El autor acabado de citar aporta una precisión en este sentido, que —con independencia de posteriores matices, no nos resistimos a reproducir:

*“La responsabilidad política es, en realidad, un útil invento para evitar la enojosa alternativa de tener que seguir soportando a un incompetente o, en caso contrario, no tener otra salida que encarcelarlo. Su fin es, por tanto, desembarazarse del político indeseado, cualesquiera que sean las causas, sin más trauma que ése, el de prescindir de él”.*⁴

Situado el concepto en el principio democrático, la responsabilidad política tiene una expresión institucional más acabada en el régimen parlamentario, en tanto el Poder Ejecutivo emana de dicha sede y se regulan mecanismos como la moción de censura al que luego nos referiremos. Díez Picazo sitúa la genuina responsabilidad política en el parlamentarismo, de manera que en el presidencialismo, al emanar el Poder Ejecutivo directamente del electorado, sólo resultaría autónomamente responsable frente a éste.⁵ Entiendo que la genuinidad a que se refiere este autor radica en la existencia de mecanismos institucionales destinados a la exigencia de responsabilidad política por parte de los directos otorgadores de confianza —esto es, el Parlamento respecto del Ejecutivo—, pero la responsabilidad política es imaginable también en el presidencialismo —aunque no sea “genuina”, según la apreciación de Díez Picazo—, puesto que sistemas como el estadounidense contienen la institución anglosajona del *impeachment*, que posee el mismo fundamento, además de la responsabilidad frente al electorado que, según el mismo autor, siempre permanece. Por otra parte, tanto en

² Así, considerando imperiosa la necesidad de distinguirlas, De la Cuesta Arzamendi, “La corrupción ante el derecho y la justicia”, *Diario La Ley*, num. 8153, 20 sept. 2013.

³ En el fundamental trabajo que manejaremos repetidamente en estas páginas, García Morillo, J, “Responsabilidad política y responsabilidad penal”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 52, 1998, p. 86. Del mismo autor, versión reducida y de mayor carácter divulgativo: “La responsabilidad política”, en *Claves de la razón práctica*, num. 45, 1994, pp. 32 y ss.

⁴ García Morillo, J. “La responsabilidad política”, cit. p. 34.

⁵ Díez Picazo, *La criminalidad de los gobernantes*, Barcelona, Crítica, 1996. Aquí manejamos y recomendamos especialmente el capítulo titulado “Responsabilidad política y responsabilidad penal”, disponible en <http://www.chasque.net/frontpage/relacion/anteriores/9703/responsabili.htm>

uno como en otro tipo de régimen, la exigencia de responsabilidad política se extiende a otros casos de retirada de confianza como la del presidente del Ejecutivo respecto de sus ministros.

Sin embargo, ello conduce a una última precisión en el plano que ahora nos ocupa: basándose la responsabilidad política en el principio democrático de rendición de cuentas, ¿cabe hablar de responsabilidad política en las dictaduras?. Desde luego, cabe hablar del autócrata que cesa a su subordinado porque ha perdido la confianza en él. Pero en nada más se parece a la responsabilidad política de la que estamos hablando: para empezar esa retirada de confianza no necesariamente se circunscribe al reproche objetivo por la forma errónea en que el subordinado pueda estar ejerciendo el cargo, sino que puede obedecer a motivos arbitrarios como la venganza política o bien, a la mera desafección al líder. En ese ámbito, la responsabilidad política no necesita explicación alguna —aunque si el autócrata la proporciona, probablemente pertenecerá al terreno de la mera propaganda—, se dirige a la protección del autócrata y del sistema que él encarna y, sobre todo, en un sistema dictatorial no cabe hablar de responsabilidad frente a los electores ni de lo que más adelante expondremos como responsabilidad política difusa ejercida por la presión de la opinión pública.

De esta manera, llegamos al punto metodológico de partida que manejamos los penalistas: la finalidad de la sanción, porque sanción es, al fin y al cabo, el apartamiento del cargo.

Ninguno de los fines tradicionales del Derecho penal o las penas (la retribución, la prevención general, la prevención especial), sirven para explicar *para qué* se aparta del cargo al que se considera responsable político de un hecho. Desde luego, el cese no reúne ninguna de las características de la sanción retributiva del mal causado: no guarda proporción con el hecho ni puede guardarla porque existe una única sanción —el apartamiento del cargo— para cualquiera que sea la gravedad de los hechos. Puede conllevar —o no— la aflicción del sancionado, pero su finalidad no consiste en proporcionársela. Incluso, en una correcta cultura de reconocimiento de responsabilidades polí-

ticas, el que la reconoce y dimite voluntariamente podría resultar prestigiado ante la opinión pública. Y en todo caso, como veremos, la responsabilidad política es exigible por hechos que no ha realizado el responsable, lo que cierra definitivamente la posibilidad de entender que se le está retribuyendo por ellos.

Por similares razones, tampoco los clásicos fines preventivos de las sanciones penales son predicables a la sanción de la responsabilidad política. La prevención especial como evitación de que el responsable cometa un nuevo “hecho” reprochable es difícilmente sostenible cuando se responde por hechos ajenos, o, si se trata del ejercicio negligente del cargo, cuando el propio sistema le aparta del ámbito en el que podrían seguirse cometiendo los mismos errores. También parece claro que no se pretende la prevención general intimidatoria, dirigida a contramotivar a la generalidad de los ciudadanos, para que se abstengan de actuar de manera políticamente reprochable. En cambio, la llamada prevención general integradora o positiva merece algún comentario más.

Abriendo un breve excursus sobre esta orientación de la pena, recuérdese que en términos genéricos, con la prevención general integradora se pretende combinar la retribución y la intimidación, mediante el efecto de confirmación de la vigencia de la norma que produce la aplicación de la pena. Sin embargo, las líneas doctrinales que apoyan este concepto pueden ser diferenciadas. Mir Puig distinguió claramente entre quienes defienden el carácter *fundamentador* de la prevención general integradora y aquellos que la conciben con carácter meramente *limitador*.⁶ Entre los primeros, baste referirse a la teoría sistémica de Jakobs,⁷ conforme a la cual la imposición de la pena posee, fundamentalmente, una función de estabilización social ante la infidelidad al Derecho que demuestra el delito, confirmando la vigencia de la norma y su función orientadora, así como restableciendo la confianza en la misma. Las críticas a tal orientación han sido amplias en España, dirigiéndose especialmente a la renuncia de tal planteamiento a considerar y/o criticar los bienes jurídicos que la norma protege, de manera que su finalidad se agota en sí misma, esto es, en su

⁶ Mir Puig, S. *El Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona, Ariel, 1994, pp.131 y ss.

⁷ *Derecho penal. Parte General: fundamentos y teoría de la imputación* (Trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo), Madrid, Marcial Pons, 1997, pp.9 y ss.

autoprotección mediante la (auto)confirmación de su vigencia.⁸ Así, esta versión se asemeja curiosamente a las teorías retribucionistas absolutas que agotan la finalidad de la pena en su propia aplicación.

En cambio —siguiendo la diferenciación de Mir Puig arriba citada—, la prevención general integradora con carácter limitador de la prevención intimidatoria, pretende impedir los excesos de ésta, introduciendo la idea de justicia de la pena —como patrimonio de la retribución—, en los elementos de la eficacia preventivo general de la pena. Acudiendo a las palabras de Hassemer, principal teorizador de esta versión, en su última obra publicada, ya póstumamente, en España:⁹ la introducción de la eficacia preventiva en la idea de justicia hace que la retribución deje de ser una teoría absoluta, de manera que un representante de tales teorías puede mantener hoy su opinión estando convencido de que “...una pena adecuada o justa es la mejor prevención”.¹⁰ Según este planteamiento, es la idea de adecuación y justicia la que propicia la “confianza” en la norma penal que así, deja de ser la reivindicación de confianza ciega o acrítica propia del funcionalismo sistémico.

Tras la breve disgresión, recuperemos ahora la comparación entre responsabilidad penal y política para considerar la eventual utilidad de la teorización penal. Insistamos en que con ello no pretendemos trasladar los conceptos penales a la responsabilidad política —cuestión que nadie mantiene—, sino, precisamente evitar la tentación de trasladarlos, explicando por qué no son aplicables y, en un momento posterior, qué repercusiones posee en los casos problemáticos de interferencia.

En mi opinión, conceptos como la *confirmación de la norma*, el *restablecimiento de la confianza en el ordenamiento*, o, incluso el valor *simbólico* de la con-

secuencia aplicable al comportamiento reprobado¹¹ plantean lógicas e imprescindibles retenciones si con ellos —en la versión fundamentadora de la prevención general integradora— se pretende legitimar la intervención más radical de que dispone el ordenamiento sobre los derechos individuales de los ciudadanos, esto es, la imposición de una pena como consecuencia del reproche jurídico penal. Sin posibilidad de mayor desarrollo aquí, una cuestión es que la aplicación de las penas sea necesaria para dar credibilidad a las normas penales y otra, en mi opinión, distinta, que el acusado y eventualmente condenado lo sea, primordialmente, *porque* ello resulta necesario para confirmar la vigencia de la norma y restablecer la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico. El olvido de que la pena se fundamenta en la culpabilidad personal y no en necesidades estatales conduce a una insostenible instrumentalización del reo que puede, incluso, considerarse atentatoria contra su dignidad.

En cambio, no puede decirse lo mismo si se habla de responsabilidad política. El apartamiento del cargo de quien es considerado responsable político es necesario, precisamente, para *confirmar* que el sistema democrático funciona, de manera que los ciudadanos mantengan su convicción de que los gobernantes lo son en tanto en cuanto se les otorga una confianza, y que deben dejar de serlo si ésta se les retira. El abandono de tal convicción, sólo puede desembocar en el campo abonado para aventuras autoritarias. La sanción de la responsabilidad política persigue, pues, fines claramente políticos, dirigidos al mantenimiento de la confianza en el sistema democrático.

Por estas razones, posee un claro elemento de generación de valores y también, inevitablemente, de elementos simbólicos que —de nuevo, en contra de lo que ocurre con el Derecho penal¹²— incluso

⁸ Entre otros, puede verse una exposición crítica en García-Pablos De Molina, A, *Introducción al Derecho Penal, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2006, pp.186 y ss. Entre los trabajos más críticos y pertenecientes a los inicios de este debate, Baratta, A, “Integración- prevención: una ‘nueva’ fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”*, Cuadernos de Política Criminal, num.24, 1984, pp.533 ss.

⁹ Hassemer, W, *¿Por qué castigar?. Razones por las que merece la pena.* (Trad. Cancio Meliá y Muñoz Conde), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 85 y ss.

¹⁰ Hassemer, *¿Por qué castigar?.* op. cit., p. 92

¹¹ Sobre el valor instrumental y simbólico de la pena en la teoría sistémica, vid. García-Pablos De Molina, *Introducción.* op. cit., p.186

¹² No puede negarse que las normas penales aspiran a transmitir valores y, en ese sentido, poseen una función simbólica que debe entenderse como instrumento de la función material de protección de bienes jurídicos. Así, entre otros muchos, Díez Ripolles, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Modernas tendencias de la ciencia del derecho penal y de la criminología*, Madrid, UNED, 2001, p.110; Zaffaroni-Slokar, *Derecho penal. Parte General*, Buenos Aires 2002, pp. 38 y ss. En cambio, el simbolismo de la norma penal resulta rechazable cuando la transmisión del mensaje desvalorizador ya no es instrumental, sino un fin en sí mismo. Me remito a lo mantenido en García Aran, “El derecho penal simbólico (a propósito del nuevo delito de dopaje deportivo y su tratamiento mediático)”, en García Aran-Botella, *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 191 a 207.

pueden predominar sobre lo material, si la restauración de la confianza en el sistema requiere apartar del cargo a quien sigue gozando de la confianza de sus superiores en sentido psicológico, o de quien no puede decirse que sea un absoluto incompetente. En realidad, la responsabilidad política desempeña una función *profiláctica*, con el apartamiento del incompetente al que se refería García Morillo en la cita recogida al inicio de estas páginas; pero también y muy especialmente, lo que puede denominarse función *preventivo-integradora* de restauración de la confianza ante hechos objetivos, incluso aunque la incompetencia o los errores del afectado sean mínimos. El responsable político debe aceptar sus consecuencias porque su retirada no se basa en un juicio de culpabilidad en el sentido jurídico-penal, sino en la necesidad de mantener la confianza en el sistema al que sirve.

Por estas razones, la responsabilidad política es, en principio, aquella que tienen los actores políticos respecto de lo que ocurre en su área de poder, aunque no hayan participado directamente en los hechos. Sin embargo, con una definición tan amplia y que remite al “todo” se corre el riesgo de las definiciones que, por totalizadoras, son inconsistentes y, a la postre, ineficaces porque pretenden abarcar tanto que resulta casi imposible aplicarlas. Y puesto que de eficacia hablamos, puede resultar necesaria la introducción de algunos elementos que valoren la adecuación de la responsabilidad política, en la línea —salvando las distancias— de la relación entre adecuación y eficacia en la confirmación de la norma que mantenía Hassemer para la prevención integradora. A ello nos referiremos al plantear la interdicción de arbitrariedad como criterio de justicia limitador de la responsabilidad política (*infra*, 5.2). Antes, expondremos sucintamente las clases de responsabilidad política comúnmente admitidas, así como sus elementos esenciales.

2.2. Clases: responsabilidad política institucional y responsabilidad política difusa.

La distinción se debe a la obra ya clásica de Rescigno, quien expone la responsabilidad política *institucional* como el mecanismo mediante el cual se reconoce a

un sujeto de la vida política el poder de imputar, mediante modos y procedimientos institucionalizados, hechos políticos negativos a otro sujeto investido de poderes políticos, con el fin de terminar el fin del encargo.¹³ En cambio, según el mismo autor, la responsabilidad política *difusa* es aquella que se exige mediante la crítica política que es o puede ser temida por el responsable político. No sólo necesita que haya libertad de crítica, sino también que existan mecanismos institucionales *sobre* los que pueden influir las críticas, de manera que, como advierte el propio autor, esta clase de responsabilidad es muy simple y a la vez muy peculiar porque muta continuamente según imprevisibles circunstancias de hecho que sólo podemos aspirar a describir de manera aproximada.¹⁴ Una forma de caracterizarla, tan inevitablemente difusa como el concepto a definir, es la proporcionada por García Morillo para quien esta forma de responsabilidad se concreta cuando se alcanza la convicción generalizada de que el mantenimiento en el cargo sólo generará perjuicios para la institución o la organización del cuestionado.¹⁵

Varias son las cuestiones que sugiere esta distinción. En España, la responsabilidad política institucional *stricto sensu* sólo se aprecia en el control parlamentario del gobierno, cuando lo ejerce mediante la moción de censura regulada en el art. 113 de la Constitución Española (CE) y expresamente destinada a la exigencia de “responsabilidad política del gobierno”. Le atribuimos carácter institucional en sentido estricto porque existe una regulación del procedimiento y una consecuencia tasada —la dimisión—, contemplada en el art. 114 CE. En realidad, es el gobierno quien responde políticamente ante el Congreso porque sus miembros resultan responsables solidariamente (arts. 108) y porque el Congreso puede exigirle responsabilidad política por adopción de la moción de censura por mayoría absoluta (art. 113 CE) que, de obtener suficiente apoyo, provocará la dimisión del gobierno en pleno (art. 114 CE).

Sin embargo, en un sentido más amplio, el art. 98.2 CE, menciona la competencia del presidente del gobierno “sin perjuicio” de las responsabilidades directas de los ministros, por lo que parece claro que los ministros en tanto que cargos de confianza del

¹³ Rescigno, *La responsabilità politica*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 66.

¹⁴ Rescigno, *La responsabilità...* op. cit., pp. 116 y ss.

¹⁵ García Morillo, *Responsabilidad política y responsabilidad penal*, op. cit., p. 88.

presidente, son responsables políticamente ante éste¹⁶ aunque no exista un procedimiento tasado para ello como ocurre con la moción de censura parlamentaria. Si abrimos algo más el espacio en el que se plantean las responsabilidades políticas podemos seguir considerando *institucionales* las formas de control parlamentario sobre el Gobierno que no se resuelven en la retirada formal de confianza, pero que expresan o pueden expresar la desaprobación y, en todo caso, manifiestan el principio democrático de sometimiento del Poder Ejecutivo al Poder Legislativo. Nos referimos al sometimiento a Comisiones Parlamentarias (art. 110 CE) y a interpelaciones o preguntas de las Cámaras (art. 111 CE), las primeras de las cuales pueden dar lugar a una moción de la Cámara manifestando su posición (art. 112 CE).

Por último, si mantenemos la definición de responsabilidad política institucional arriba citada que atiene al sujeto otorgador de confianza que puede retirarla como forma de desaprobación, debería incluirse en este apartado la responsabilidad política de las Cámaras frente a quienes las han elegido, es decir, los electores.¹⁷ Sin embargo, no se oculta que en la relación entre electores y elegidos, por mucho que se den los requisitos básicos de relación entre sujeto activo y pasivo de la responsabilidad política, el mecanismo por el que se verifica la retirada de confianza presenta características complejas a las que nos referiremos en el apartado siguiente.

Por otra parte, en relación a la llamada responsabilidad política *difusa*, poco se puede precisar respecto del concepto antes reproducido. Lo que resulta obvio es el decisivo papel que en ella juegan los medios de comunicación, con los consiguientes problemas derivados del diferente color político de cada uno de ellos. Pero es imposible prescindir de estos sujetos como impulsores de la exigencia de responsabilidades políticas en el plano institucional. La opinión publicada es, por un lado, el motor para que los agentes institucionales pongan en funcionamiento los mecanismos que les son propios y, por otro, es también la destinataria de los efectos simbólicos que se pretende provocar con la remo-

ción o la reprobación del cargo político considerado responsable.

3. Los sujetos: responsables políticos, electores y partidos políticos

La diferenciación respecto de la responsabilidad penal aparece incluso en la denominación de los sujetos intervinientes en la relación que origina la exigencia de responsabilidad política. En efecto, mientras en la comisión de un delito es sujeto activo aquél que lo comete y sujeto pasivo el que lo padece, cuando se aborda la responsabilidad política, no es infrecuente encontrar referencias a su “sujeto pasivo” como aquél que resulta sancionado políticamente (lo que sería el equivalente al sujeto activo del delito),¹⁸ de manera que el sujeto activo sería el que exige la responsabilidad y retira la confianza. La cuestión terminológica no es meramente anecdótica sino que se explica por varias de las cuestiones que hemos enunciado hasta aquí y por otras que expon-dremos a continuación: el responsable político lo puede ser por hechos ajenos, su responsabilidad es objetiva y la sanción que recibe tiene un considerable componente simbólico, de manera que en cierta forma, resulta el sujeto paciente o pasivo de la ejecución de su responsabilidad política. Con todo, para evitar confusiones, nos referiremos al *responsable político* y al o los *sujetos actores* de la responsabilidad política.

En el ámbito de la responsabilidad política institucional, los sujetos intervinientes se sitúan en una cadena que expresa los distintos niveles de delegación de poder que, a su vez posibilitan la exigencia de responsabilidad política a los delegados por parte de quienes delegan: de los votantes a los elegidos, de los legisladores al Poder Ejecutivo, del jefe del Ejecutivo a los ministros y de éstos a los funcionarios que de ellos dependen.¹⁹ Con independencia de lo que diremos enseguida sobre la relación electores-elegidos —presente también en ámbitos distintos del Poder Legislativo como la Administración local— la existencia de la cadena de delegación debería conducir al desplazamiento de

¹⁶ García Mahamut, R, “Responsabilidad política ‘versus’ responsabilidad penal de los miembros del Gobierno”, en *Lopez Guerra (Coord.), Estudios de derecho constitucional. Homenaje al prof. García Morillo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 379.*

¹⁷ Así, García Morillo, *Responsabilidad política y responsabilidad penal*, op. cit., p. 87.

¹⁸ Así, Rescigno, *La responsabilità...* op. cit., p. 74.

¹⁹ Teoría de la delegación o de la agencia, expuesta por Sanchez De Dios, “La responsabilidad política del gobierno de acuerdo a la ‘teoría de la agencia’”, en *VII Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración. Política para un mundo en cambio*. Valencia,

Responsabilidad penal y responsabilidad política: elementos para la diferenciación y la confluencia

la responsabilidad a través de sus eslabones: por un lado, la resolución de la responsabilidad política en el nivel más directamente implicado en la situación, podría actuar como cortafuegos evitando desplazar la responsabilidad política hacia niveles superiores. Y, consecuentemente, de no resolverse en el nivel inferior, debería provocar la pérdida de confianza del nivel superior sobre aquel que no ha sido capaz de proporcionar una salida a la situación. Por expresarlo con un ejemplo: si el ministro mantiene su confianza en el director general corrupto o incompetente y no es capaz de apartarlo del cargo, el presidente debería perder la confianza depositada en el ministro y retirársela, cesándole. Lógicamente, el funcionamiento de estos mecanismos dependerá en gran parte de la presión difusa que se ejerza sobre la institución y también, de hasta dónde se exija.

Con ello llegamos a lo que, según todo lo anterior, constituye el primer eslabón de la cadena: los electores. Constituye un lugar común —basado en la experiencia de múltiples convocatorias electorales— que muchos casos clamorosos de incompetencia o escándalos de corrupción (o ambos fenómenos a la vez) no provocan un correlativo perjuicio electoral interpretable como retirada de confianza de los electores. No entraremos aquí en la interpretación del fenómeno, lo que correspondería a análisis electorales muy específicos que siempre tropiezan con la imposibilidad de demostrar los móviles últimos del elector; de manera que tampoco puede afirmarse que tales resultados electorales se deban a la intención de convalidar o bendecir la incompetencia o la corrupción. La cuestión que resulta aquí relevante es la especificidad de la relación entre electores y elegidos como mecanismo institucional de realización de responsabilidades políticas. Resulta indudable que dicha relación se sitúa en la base misma del sistema democrático —en el que, a su vez, hemos situado el concepto de responsabilidad política— y expresa sin problemas la situación de otorgamiento y retirada de confianza que lo definen.

Sin embargo, no reúne ninguna de las restantes características de la exigencia y realización de esta clase de responsabilidad. Por un lado, no es posible apreciar con nitidez la correlación entre hechos y responsabilidad: ni es posible aislar claramente los

hechos por los que se retira la confianza (¿la corrupción?, ¿la incompetencia?, ¿la incapacidad para gestionar problemas en épocas de crisis?), ni cuando se mantiene el apoyo electoral es posible afirmar si ello se debe a la aprobación total de la gestión o bien, al cálculo por el que —por ejemplo, en situaciones de inestabilidad o incertidumbre—, el electorado prefiere mantener al desaprobado como mal menor. En suma, el elector pretende decir muchas cosas con su voto y el reproche político a actuaciones concretas, además de indemostrable, no puede considerarse la motivación exclusiva. Tampoco existe una correlación temporal clara entre los hechos supuestamente reprobados y la consecuencia electoral negativa, que puede no producirse de manera inmediata, pero sí a mediano o largo plazo, cuando el resto de circunstancias políticas y sociales lo hagan más fácil.

Esa falta de correlación temporal se produce además por los períodos entre las convocatorias electorales, durante los cuales los electores no tienen forma de ejercer la desaprobación de los responsables políticos y por tanto, carecen de capacidad para destituirlos. La responsabilidad política tal como venimos configurándola hasta aquí, requiere, en cambio, la posibilidad de apartar al responsable en cualquier momento porque sólo así es posible que la institución despliegue el efecto simbólico que posee.

Por todas estas razones, a mi juicio, la relación electores-elegidos se sitúa en la responsabilidad política institucional exclusivamente por su posición en el sistema democrático, pero en la práctica opera como de manera más próxima a la responsabilidad política que antes hemos denominado “difusa”. Por otra parte, la anterior afirmación no obedece a un mero interés clasificatorio sino a la necesidad de evitar la conclusión por la cual se considere a las elecciones como el mecanismo genuino de exigencia de responsabilidad política. Ello sólo conduce a difuminarla, amparando a los responsables políticos individuales que, no sólo pueden permitirse remitir sus responsabilidades a unos resultados electorales en los que no se les valora sólo a ellos sino a su formación política, sino que además pueden auto-declararse exonerados, si los resultados electorales —que quizá se han producido a pesar de su incompetencia— les son mínimamente propicios.

2007, remitiéndose a MORENO/CRISP/SHUGART, “The Accountability Deficit in Latin America” en *Mainwaring/Welna, Democratic Accountability in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 132-169

Con ello llegamos a una última precisión sobre los sujetos intervinientes. Me refiero a los partidos políticos como sujetos que “expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política” (art. 6 CE), lo que, lógicamente, los sitúa como intermediarios entre los electores y los elegidos. Ello hace que, en realidad, las elecciones sean un instrumento para, en su caso, desvalorar la actuación del partido político que es el que se volverá a presentar transcurrido el periodo correspondiente, solicitando la renovación de la confianza y sometándose a una eventual reprobación, situación ésta que no necesariamente se da en el responsable político individual.

Lógicamente, la concreción de reproche electoral depende también de la forma en que se presentan las listas concurrentes, pero en nuestro sistema de listas cerradas, los sujetos individuales responden junto al partido al que pertenecen, que es quien se somete al escrutinio público y por tanto, su actuación repercute —o debería repercutir—, en la responsabilidad política del partido, aunque no puede demostrarse si o hasta qué punto lo hace. Por esta razón, el responsable político individual lo es especialmente frente a su partido, que puede eliminar o disminuir su propia responsabilidad política apartando a aquel que perjudica a su credibilidad si ello se encuentra dentro de sus capacidades o bien, presionando al cargo institucional que le representa para que actúe de igual forma si ese es el caso.²⁰ En suma, los partidos políticos son sujetos actores y sujetos pasivos de responsabilidad política, interviniendo hacia dentro, pero también hacia fuera, en su relación con los cargos políticos institucionales, que deben tomar la iniciativa en la sanción de la responsabilidad política.²¹ De aceptarse tal conclusión, ello tiene una especial relevancia al tratar la actuación frente a cargos sometidos a investigación penal, como veremos más adelante (*infra*, 6.3).

4. Los presupuestos: responsabilidad política por hechos propios o ajenos. La cuestión de la relación con el cargo.

En tanto en cuanto no es necesario trasladar aquí los estándares garantistas propios de la responsabilidad

jurídica, es posible establecer un umbral mínimo de la responsabilidad política considerablemente más amplio. Así, la constelación de casos en los que cabe imaginar la sanción de responsabilidades políticas sirve para exponer sus claras diferencias respecto de la responsabilidad penal. Veamos ahora las cuestiones enunciadas en este apartado.

4.1. Responsabilidad por hechos propios o ajenos.

Si se admite la caracterización que hemos mantenido hasta aquí sobre la responsabilidad política (retirada de confianza y cadena de nombramiento o delegación), es posible identificar los siguientes grupos de casos:

- a) Responsabilidad política por *hechos propios* que, a su vez, pueden consistir en: 1) casos de mala gestión de una situación concreta, aunque el comportamiento no sea ni ética ni jurídicamente reprochable; 2) hechos propios éticamente reprobables, aunque no constituyan ilícitos penales y 3) hechos propios que puedan ser constitutivos de delito. Este tercer supuesto es el que plantea las intersecciones entre uno y otro tipo de responsabilidad que analizaremos más adelante (*infra*, 6)
- b) Responsabilidad política por *hechos ajenos*, sean de un subordinado en sentido estricto, sean de alguien a quien se ha otorgado confianza mediante nombramiento. Lógicamente, los hechos ajenos —en tanto que propios del subordinado—, pueden ser también reprochables bien políticamente, bien ética o penalmente. Obsérvese que cuando el superior responde por hechos ajenos, está respondiendo también *por su propio hecho* al nombrarlo o no controlar su actuación, lo que nos llevará a valorar la virtualidad de los conceptos civiles de *culpa in eligendo* y *culpa in vigilando* (*infra*, apartado 5).

La responsabilidad por hechos ajenos es insostenible en Derecho penal, sin entrar ahora en el debate al respecto sobre la responsabilidad penal de las personas

²⁰ Rescigno, *La responsabilità...* op. cit., pp. 262 y ss.

²¹ Constituye un lugar común la enorme capacidad de influencia de los partidos sobre el ejercicio del poder, pese a su condición de mero vehículo de participación. A respecto, en una demoledora crítica de la partitocracia, Nieto, A., *Corrupción en la España democrática*. Barcelona, Ariel, 1997, pp. 17 y ss.

Responsabilidad penal y responsabilidad política: elementos para la diferenciación y la confluencia

jurídicas.²² Sin embargo, admitirla en la responsabilidad política no debería provocar alarma puesto que ya es un supuesto claramente admitido en materia de responsabilidad civil (art. 1903 del Código Civil, CC), de responsabilidad civil *ex delicto* (art. 120 Código Penal, CP), y de responsabilidad patrimonial de las Administraciones por los perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio (art. 145 Ley 30/92 de 26 de noviembre de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común).

4.2. Hechos no tipificados

Lo que resulta evidente, es que los hechos por los que cabe demandar responsabilidad política no se encuentran sometidos a exigencia de tipicidad alguna ni, por tanto, al principio de legalidad. Y, si en términos genéricos, lo opuesto al principio de legalidad es el de *oportunidad*, éste concurre en la valoración de la responsabilidad política como valoración de la adecuación a valores u objetivos políticos.²³ La retirada de confianza debe producirse cuando aquél en quien se había confiado deja de representar tales valores o servir a tales objetivos, formulación que lo abarca casi todo y además introduce la referencia a los valores éticos. Con ello nos acercamos a la espinosa y eventual oposición entre ética y política, cuestión que no desarrollaremos aquí, pero que sirve para introducir la relación entre responsabilidad política y legalidad. Como dice Peña, es posible superar esa supuesta oposición entre política y principios éticos apelando a la eticidad democrática que promueva tanto la autonomía individual como la cooperación social,²⁴ pero además, los valores supremos de la actuación política situados en

la persecución del interés general sin detrimento del respeto a lo individual, se encuentran jurificados en el plano constitucional (arts. 9 y 10 CE, además del art. 103 con la sumisión de la Administración al interés general). Es cierto que de ahí no puede deducirse un catálogo de hechos típicos que generen responsabilidad política ni que deba formularse un juicio de legalidad al respecto —lo que además, no sería deseable—, pero tampoco puede decirse que la responsabilidad política no tenga absolutamente nada que ver con lo jurídico. El responsable político no necesariamente infringe una norma (en sentido estricto), sino que basta con que se aparte de un valor, pero son valores y principios asumidos y defendidos por el ordenamiento jurídico.

4.3. La cuestión de la relación con el cargo.

En principio, si la responsabilidad política se sanciona con el apartamiento del cargo (sea por destitución, sea exigiendo la dimisión), parece lógico que el hecho que la motiva se relacione con su ejercicio y, además, que el cargo del que se prive sea aquél para el que el responsable ya no resulta adecuado. Sin embargo, la historia reciente conoce casos en que se han asumido responsabilidades políticas por hechos relativos a un cargo que ya no se ejercía o que se han ejecutado en cargo distinto de aquél para el que debería retirarse la confianza. Ejemplo de lo primero es el caso de Julian García Valverde que dimitió como Ministro de Sanidad y Consumo en 1990 por unas compraventas de terrenos cuando era responsable de Renfe²⁵ y, como ejemplo de lo segundo, los supuestos en que el cargo político cuestionado (en ocasiones, diputados o senadores)²⁶ se limita a dimitir de los cargos internos de su partido, ámbito en el que

²² En la que el art. 31 bis CP exige, como es sabido, que el delito se haya cometido por determinadas personas físicas vinculadas a la persona jurídica, lo que supone que en nuestro sistema la persona jurídica responde por el hecho de otro (heteroresponsabilidad. Vid. Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado). Lo anterior puede ser considerado como un defecto que contradice principios básicos del Derecho penal o bien, como algo inevitable en un sistema de responsabilidad penal de lo que, en definitiva, son entes inmateriales que (incluso aunque se considere que nuestro sistema es de autorresponsabilidad o responsabilidad penal autónoma. Vid. STS 154/2016) necesitan la concurrencia de personas físicas para realizar los comportamientos típicos. En todo caso, puede citarse como un ejemplo más de la responsabilidad por hechos ajenos en nuestro Derecho.

²³ Así lo expresa Díez Picazo, en *La criminalidad de los gobernantes cit., capítulo dedicado a la "Responsabilidad política y responsabilidad penal"*, cit., p.2

²⁴ Peña, J. "Robre la responsabilidad política", en *Revista Internacional de Filosofía Política*, 11, 1998 .p.138

²⁵ Caso citado por García Morillo, "La responsabilidad política" Claves de razón práctica, op. cit., p. 1.

²⁶ Son supuestos como el de Oriol Pujol Ferrusola, diputado del Parlamento de Cataluña sometido a investigación penal que se limitó a renunciar al cargo interno de su partido (entonces, Convergència Democràtica de Catalunya) o de Rita Barberá, senadora por el Partido Popular investigada por blanqueo de dinero, que como primera respuesta renunció a su condición de miembro del partido, lo que fue presentado como suficiente por sectores importantes del mismo.

no se le formula reproche alguno, manteniéndose, en cambio, en el cargo público en el que se encuentra cuestionado.

A mi juicio, cabe distinguir entre, por un lado, la ejecución de la responsabilidad política y, por otro, hasta dónde cabe exigir que los hechos cuestionados se relacionen con el cargo. Respecto a lo primero, no es de recibo la renuncia a puestos o cargos internos del partido político al que se pertenece, por la elemental razón de que la responsabilidad política es ante los ciudadanos y no ante los compañeros de militancia que, además, suelen arrojarse al cuestionado. Obviamente, ello rige también aunque sea el partido quien expulsa al responsable político o lo aparta de la militancia, sea porque así lo considera justo, sea para establecer una cortina de humo que evite la real exigencia de responsabilidad política. En cambio, resulta algo más problemático establecer si y hasta dónde los hechos que generan responsabilidad política deben pertenecer al ámbito más o menos amplio del ejercicio del cargo.

En mi opinión, la responsabilidad política *stricto sensu* se genera por hechos propios o ajenos acaecidos en el ámbito del ejercicio del cargo. Sin embargo, es posible referirse a una responsabilidad política *lato sensu* por hechos o actuaciones —incluso de índole privada—, que si bien no pueden calificarse estrictamente como actuaciones políticas por caer fuera de los límites del cargo, merecen tal consideración en sentido amplio porque suponen la retirada de confianza o la pérdida de credibilidad que venimos manejando como fundamento último de la responsabilidad política. Al respecto, son imaginables, al menos tres situaciones:

- a. Hechos ajenos al ejercicio del cargo, pero reprochables jurídicamente, sean o no delito. Ejemplo de lo anterior es la dimisión del Ministro de Industria en funciones Sr. Soria (abril de 2016) por la titularidad de cuentas corrientes en un paraíso fiscal que podrían constituir, al menos, ilícito fiscal. Aunque lo cierto es que lo que pareció precipitar la dimisión fueron las contradicciones y falsedades empleadas para justificarlo; no ofrece excesivas dudas que la comisión de hechos ilícitos proporciona suficiente base a la retirada de la confianza con el

consiguiente cese o dimisión, pese a que, en sentido estricto, no se impute responsabilidad política por hechos propios del cargo ni por un ejercicio inadecuado de éste.

- b. Otras actividades privadas no constitutivas de ilícito alguno, pero que pueden ser reprobables éticamente o lesionar la credibilidad del sujeto en cuestión. Así, en 1993, José M^a Moledano, abogado, diputado y secretario general del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, cargo del que dimitió al conocerse que había utilizado habitualmente el lujoso coche de un cliente de su despacho profesional que estaba acusado de actividades ilícitas.²⁷ Tampoco aquí cabe hablar de responsabilidad política por ejercicio inadecuado del cargo, pero en cambio es posible postular el abandono del mismo por pérdida de confianza en quien lo ocupa. En este apartado pueden apuntarse otros supuestos en los que lo perdido es la credibilidad en sentido amplio: piénsese en hechos privados que contradicen el discurso político mantenido y provocan la pérdida de credibilidad (por ejemplo, la diputada contraria a la regulación de la interrupción del embarazo a quien se descubre que se ha sometido a tal intervención).
- c. En otros casos, la relación con el cargo puede ser de mera posición o ubicación en su ámbito, sin que exista una clara vinculación de los hechos con su ejercicio pero sí lesión de la confianza depositada en el mismo. Como caso histórico emblemático, recuérdese la dimisión de Willy Brandt, Canciller de la República Federal alemana en el año 1974, al descubrirse que el jefe de su gabinete era un espía de la República Democrática alemana. Se puede explicar como responsabilidad política por el hecho *propio* de haber elegido a la persona inadecuada o no haber supervisado su actuación, pero resulta un caso especialmente interesante porque, lógicamente, ni el nombramiento ni el control dependían exclusivamente del Canciller. Sin embargo, probablemente la gravedad de la situación en una Alemania todavía dividida necesitó de un efecto simbólico especialmente potente, situando la responsabilidad

²⁷ Supuesto citado también por García Morillo, loc.ult.cit.

política al más alto nivel para restaurar la confianza.²⁸

El ejemplo de Willy Brandt resulta ilustrativo para proponer un resumen de los presupuestos de la responsabilidad política enunciados hasta aquí. En realidad, nos encontramos ante dos grupos de situaciones: por un lado, los casos de incompetencia o inadecuación para el cargo, no sólo en sentido técnico sino también político y, por otro, algunos casos de fallo clamoroso del sistema (como el de Willy Brandt) en los que no necesariamente se formula un juicio de reproche por incompetencia, pero que necesitan del apartamiento del cargo para *simbolizar* la capacidad del sistema para reaccionar ante sus propios fallos.

5. La responsabilidad objetiva, ¿hasta dónde? Sobre la virtualidad de los conceptos de *culpa in eligendo* y *culpa in vigilando*

Hasta aquí hemos afirmado varias veces que la responsabilidad política es objetiva. En terminología penal, ello significa que no es necesario que concurra dolo ni imprudencia en el responsable político y, en principio, que incluso cabría responder por hechos fortuitos, aunque causados por su actuación. Además, hemos admitido también que la responsabilidad política es exigible tanto por hechos propios como ajenos.

Como puede verse, dicho así, el ámbito posible de la responsabilidad política es amplísimo lo que nos acerca al riesgo de que si “todo” es responsabilidad política, termine por no serlo nada. Al respecto, aun partiendo de la responsabilidad objetiva, García Morillo advierte que ello no equivale a responsabilidad vicaria universal que llevaría en la práctica a la desaparición del concepto.²⁹ Añadiremos aquí que, si realmente se pretende restaurar la confianza en el funcionamiento del sistema retirando la confianza a quienes la defraudan, es imprescindible que resulte claro por qué se hace o, en otras palabras, qué ha pasado para que la confianza ya no sea posible. Renunciar a ese momento de legitimación supondría consagrar la ar-

bitrariedad, provocando un efecto contrario al pretendido. Por ello resultan necesarias algunas consideraciones añadidas, que se dirigen al supuesto más espinoso desde el punto de vista de la objetividad de la responsabilidad política: la responsabilidad por hechos de otros, puesto que cuando se responde por los propios, la capacidad de control del responsable político sobre su propio comportamiento es, obviamente, mayor.

Comenzando por lo más evidente, recordemos que el responsable político por hechos de sus subordinados lo es aunque no los conociera ni los hubiera consentido (en terminología penal, aunque no exista dolo). Pero, en el otro extremo, no debe existir responsabilidad por hechos inevitables y fenómenos naturales, lo que el ingenio italiano ha resumido en la sarcástica expresión: “piove, porco Governo”. Con ello, cabe sentar que debe existir una mínima relación entre la actuación del responsable político y los hechos reprobados, aunque, de exigirse causalidad, se trata de un nexo causal débil en el que se admite más de un escalón, —puesto que nos referimos a hechos ajenos—, que en la valoración penal no resistiría la posterior comprobación de la imputación objetiva del resultado final. Por otra parte, como veremos, en varios supuestos de responsabilidad civil tampoco es exigible un nexo causal fuerte. Por tanto, en principio, sólo quedarían excluidos de la responsabilidad política acontecimientos absolutamente fortuitos y fenómenos naturales. En cambio, tampoco existe duda de que debe responderse políticamente por la mala gestión política del mismo fenómeno natural.

Aunque nos estemos refiriendo a la responsabilidad por hechos ajenos, en ella puede apreciarse también un hecho propio del responsable político, radicado en la relación con el sujeto actuante en el ámbito de su cargo y por cuyo hecho se responde. Y en ese hecho propio, por el que se responde de hechos ajenos, excluida la exigencia de dolo y lo absolutamente fortuito, queda la eventual valoración de la imprudencia (en terminología penal) o de la culpa (en terminología civil).

Nuevamente, las diferencias respecto de la imprudencia generadora de responsabilidad penal resultan las más evidentes: la responsabilidad imprudente

²⁸ El espía de la RDA, para entonces controlada por la Unión Soviética era Günter Guillaume, que al ser descubierto se declaró capitán del Ejército Nacional Popular de la RDA. Su esposa también había logrado emplearse en la representación del Estado de Hesen en Bonn, entonces capital de la RFA. Tan grave situación no fue detectada por los servicios de contraespionaje —que se suponen especialmente eficaces dado el país y la situación política— durante todo un año.

²⁹ García Morillo, “Responsabilidad política y responsabilidad penal”, op cit., p. 89.

por la imprudencia de otro es raramente admisible,³⁰ mientras que la relación entre el comportamiento del responsable político y los hechos reprobados no superaría el test de imputación objetiva del resultado. Además, en el delito imprudente —de punición excepcional en nuestro Derecho— la exigencia de previsibilidad objetiva del resultado es especialmente estricta, así como la infracción de una norma de cuidado objetiva y cognoscible previamente.³¹ Pero sobre todo, los citados elementos integradores de la responsabilidad penal por delito imprudente deben ser probados por la acusación en aplicación estricta de la presunción de inocencia.

5.1. ¿Parentesco con la responsabilidad civil?

La doctrina que se ha ocupado de la responsabilidad política contiene frecuentes referencias a la *culpa in eligendo* y la *culpa in vigilando* como conceptos relacionados con la responsabilidad política por hechos de otros.³² En esta línea, García Morillo indica que en sistemas con mucha extracción funcionarial (como el británico) predomina la *culpa in vigilando*, mientras que en sistemas como el español con amplia presencia del sistema de designación, predomina la *culpa in eligendo*, por la errónea elección de aquél en quien se deposita confianza.³³

Para valorar su operatividad en la fundamentación de la responsabilidad política, veamos ahora lo que se exige jurídicamente para la *responsabilidad civil por hechos ajenos*, presente, como hemos dicho antes, en la responsabilidad civil *ex delicto*, como obligación civil ventilada en el proceso penal,³⁴ la responsabilidad civil *extracontractual* y la responsabilidad patrimonial de la Administración. En términos genéricos puede decirse que esta clase de responsabilidad se inició con una configuración plenamente objetiva, en la

que la obligación de indemnizar aunque no exista culpa del agente se basa en los avances de la economía industrial y la proliferación de máquinas generadoras de riesgo que obligan a quien se beneficia de ellas a soportar sus consecuencias e indemnizarlas.³⁵ La posterior y progresiva introducción de los conceptos de culpa o negligencia, presentes en el redactado del art. 1902 del CC no supuso, sin embargo, el destierro completo de la responsabilidad objetiva en la responsabilidad civil por hechos ajenos, ni en la responsabilidad civil *ex delicto* (subsidiaria por el delito de otro), ni en la responsabilidad civil extracontractual por hechos ajenos (art. 1903 Código Civil). Al contrario, la situación actual parece haber retrocedido hacia los orígenes más objetivizantes, tanto en la exigencia general de causalidad para el concepto de culpa civil (entre otras muchas, SSTS 954/2000, 35/2005), como en la valoración de la negligencia.

En efecto, la exigencia de causalidad entre la actuación del responsable civil subsidiario y el hecho generador del daño, bien se concibe de manera tan laxa que resulta incluso problemático hablar de causalidad, bien se renuncia directamente a ella. Así, al menos en los casos de los números 4 y 5 del art. 120 del CP (responsabilidad civil por delitos de los empleados o dependientes y por delitos cometidos con vehículos propios conducidos por un tercero), las exigencias para estimar la responsabilidad civil subsidiaria son tan amplias que ni exigen causalidad en sentido estricto, ni siquiera negligencia por parte de quien resulta finalmente responsable civil.³⁶ La jurisprudencia ha establecido que basta con que el delito generador de responsabilidad civil esté inscrito en el ejercicio “normal o anormal de las funciones desarrolladas en el seno de la actividad” o haya sido cometido incluso cuando la dependencia entre responsable penal y responsable civil subsidiario proceda de

³⁰ Aunque no absolutamente descartable en supuestos de deberes específicos de control de la actuación de otros que, a su vez, infringen el deber de cuidado, siempre que se cumplan todos los requisitos de imputación objetiva del resultado.

³¹ Sobre las diferencias entre imprudencia penal y culpa civil, Roig Torres, *La reparación del daño causado por el delito (Aspectos civiles y penales)*, Valencia, 2002, pp. 110 y ss.

³² Díez Picazo, op. cit. p. 5, *plantea la culpa in vigilando*, aunque afirma que no es una exigencia de la responsabilidad política.

³³ García Morillo, “Responsabilidad política y responsabilidad penal”, op. cit., p. 92.

³⁴ La ubicación procesal no impide mantener el carácter civil de la obligación, con todas sus consecuencias. Al respecto, Quintero Olivares, en Quintero Olivares/Cavanillas Múgica/de Llera Suarez-Bárcena, *La responsabilidad civil “ex delicto”*, Elcano, Aranzadi, 2002, pp. 19 ss.

³⁵ Roca TriaS, *Derecho de daños*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 20.

³⁶ Es relativamente frecuente encontrar casos en que se admite una causalidad hipotética tan amplia que no podría fundamentar la responsabilidad penal, donde se admite en delitos cometidos por omisión. Así, STS 886/2006 de 25 de septiembre, en que se declara responsable civil subsidiario a la empresa de una estación de ferrocarril en la que se había cometido un robo con lesiones de la víctima, por no haber dispuesto suficientes medidas de seguridad.

Responsabilidad penal y responsabilidad política: elementos para la diferenciación y la confluencia

“una situación de amistad, liberalidad, aquiescencia o beneplácito” (STS 51/2008 de 6 de febrero, lo que ha sido descrito como el abandono de la *culpa in eligendo* y la *culpa in vigilando*, en beneficio de la moderna teoría del riesgo como criterio de atribución de responsabilidad.³⁷ Lo mismo puede apreciarse en la responsabilidad civil de la Administración por delitos cometidos por funcionarios y personas a su servicio (art. 121 CP) y en el procedimiento administrativo por responsabilidad patrimonial.³⁸

Con tan débiles exigencias sobre la causalidad, no es de extrañar que la valoración de la negligencia en la culpa civil sea igualmente laxa, aunque en la doctrina civilista existen autorizadas voces que rechazan la total conversión de la responsabilidad civil por el hecho de otro en un caso de absoluta responsabilidad objetiva.³⁹ No podemos terciar aquí en el debate, pero lo cierto es que en los supuestos ya citados de la responsabilidad civil subsidiaria de los arts. 120, 4º y 5º y 121 CP, la negligencia del responsable no es ni siquiera una exigencia legal, mientras que en aquellos en los que la ley exige tal valoración, aparece, a mi juicio, la principal diferencia respecto de la imprudencia penal: en la responsabilidad civil por negligencia, se produce una inversión de la carga de la prueba, reconocida claramente en el último párrafo del art. 1903 del Código Civil⁴⁰ de manera que es el demandado quien debe probar que actuó de manera diligente,⁴¹ porque la culpa civil se presume *iuris tantum* y se excluye —para el responsable civil subsidiario— en supuestos muy limitados en los que el responsable penal ha actuado desobedeciendo órdenes expresas de su superior, siempre que éste consiga acreditarlo (STS 1570/2002 de 27 de septiembre).

5.2. Recapitulación: la interdicción de arbitrariedad como límite a la responsabilidad política objetiva.

Nos corresponde ahora comprobar la utilidad de este breve excurso sobre la responsabilidad civil subsidia-

ria para la configuración de la responsabilidad política. Al inicio de este apartado hemos indicado nuestra intención de evitar una concepción excesivamente totalizadora o universal de la responsabilidad política que terminara por vaciar el concepto. Pero, por otra parte, mantenemos la voluntad —expresada en las primeras líneas—, de no “tipificar” ni “juridificar” la responsabilidad política porque ello la transmuta en responsabilidad jurídica y conduce a la judicialización de la política. En ese intento —peligrosamente próximo a la cuadratura del círculo—, los conceptos de *culpa in eligendo* e *in vigilando*, por su considerable flexibilidad, ofrecían posibilidades de, al menos, servir de guía en una delimitación de la responsabilidad política que evitara desnaturalizarla. A mi juicio, el brevísimo —y no especializado— repaso a tales conceptos civiles pone de manifiesto que, efectivamente, existe una relación entre la idea de responsabilidad política y la culpa civil, pero acudir a este último concepto no supone una especial limitación de la responsabilidad política objetiva. La responsabilidad política supondría, así, responsabilidad por todo lo relacionado con el ámbito de la delegación o función que se ejerce, presumida *iuris tantum* y de la que, prácticamente, sólo se excluyen los hechos fortuitos, pero no la gestión política de los mismos.

Ahora bien, ante esta posible identificación plena entre la responsabilidad política y la culpa civil extracontractual, se abren dos opciones: la *primera*, considerar que la responsabilidad política coincide con la culpa *in vigilando* e *in eligendo*, con todas las presunciones y contenidos objetivizantes con que hoy se conciben estos conceptos, o bien, la *segunda*, considerar que no es aconsejable hacer coincidir mecánicamente una institución de responsabilidad jurídica (la culpa civil por hechos de otros) con la responsabilidad política, por el mencionado riesgo de remisión igualmente mecánica a los tribunales con la consiguiente judicialización del problema político. Me

³⁷ Así, Magaldi Paternostro, “Comentario al artículo 120”, en Córdoba Roda-García Arán, *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 936.

³⁸ Véase, por ejemplo, la STS (Sala 3ª) 277/2008 condenando al Ayuntamiento de Chiclana a indemnizar la lesión producida por el mal estado del suelo en una caseta de feria, en la que sólo se exige causalidad entre el agujero del suelo y la lesión, pero no entre la actuación del Ayuntamiento y el agujero causante de la misma.

³⁹ Así, Salvador Coderch/Gomez Liguierre, “Respondeat superior II. De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización”, *InDret*, 03/2002, p.3, afirman que la culpa civil como infracción de deberes de cuidado “goza de buena salud” y no ha sido reemplazada por la responsabilidad objetiva como mera causación material de daños.

⁴⁰ “La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

⁴¹ Roca Trias, *Derecho de daños*, op. cit., 55, citando jurisprudencia reciente, pero también de los años 60 del pasado siglo.

inscribo en esta segunda opción con algunas precisiones derivadas de la consideración formulada en las primeras páginas (especialmente, al inicio del apartado 4): el umbral mínimo a partir del cual cabe exigir responsabilidad política es considerable y lógicamente mucho más amplio que el de la responsabilidad jurídica, por lo que cabe incluir supuestos que desbordan los supuestos de culpa civil acabados de analizar.

En efecto, la responsabilidad política es totalmente objetiva y se refiere a los hechos propios o ajenos pertenecientes al ámbito del cargo en el sentido considerablemente amplio que hemos apuntado *supra* (apartados 4.1, 4.2 y 4.3). A partir de aquí, una teoría de la responsabilidad política sólo puede aspirar a definir *excepciones* al principio general de que se responde por todo lo que se inscribe en el ejercicio del cargo.

En el primer nivel de excepción se encuentran los mencionados casos absolutamente fortuitos y los fenómenos naturales. En un segundo nivel, pueden estar algunas excepciones que coinciden a la doctrina civilista sobre la culpa *in vigilando* (por ejemplo, el subordinado ha actuado contra órdenes expresas del superior),⁴² o situaciones total y absolutamente imprevisibles como errores *in eligendo* que nadie hubiera podido prever (defectos del elegido, indetectables *ex ante* o absolutamente sobrevenidos). En estos supuestos de abierta desobediencia o absoluta imprevisibilidad de las deficiencias del subordinado, pese a ser excepciones que proceden del Derecho, la exigencia de responsabilidad al eslabón inferior puede cortocircuitar *políticamente* el problema y hacer innecesaria la responsabilidad del superior (*supra*. ap. 3.). Por tanto, este grupo de excepciones puede resumirse como aquellos casos en que la responsabilidad política del subordinado resulta *políticamente suficiente*.

Sin embargo, con lo anterior todavía no hemos hablado de la culpa civil, porque, al fin y al cabo, se trata de excepciones juridificadas, admitidas como prueba en contra de la culpa *in eligendo* o *in vigilando*. Creo que es necesario un paso más que caracterice a la responsabilidad política como lo que es y sobre todo, la relacione con lo que pretende. En mi opinión, la diferencia radica en lo siguiente: las excepciones a la responsabilidad política general y objetiva por los

hechos de los subordinados, no se demuestran en un trámite formal y juridificado que se destina a desvirtuar la presunción *iuris tantum* de culpa o negligencia, como ocurre con la culpa civil. Por esta razón, la responsabilidad política no se excluye *porque* el sujeto haya actuado con diligencia, sino debido a que en casos como éstos, su responsabilidad política resultaría incomprensible e incluso, arbitraria. O dicho a la inversa, el apartamiento del cargo no resulta necesario políticamente para mantener la confianza en el funcionamiento del sistema.

Podría decirse que excluir la responsabilidad política en estos casos por una u otra razón resulta irrelevante, pero, a mi juicio, no es así. Situar la excepción en evitar la arbitrariedad antes que en la valoración de la diligencia en términos jurídicos conlleva las siguientes consecuencias:

En *primer* lugar, si lo decisivo no es la diligencia, cabe todavía admitir responsabilidad política en casos de actuación diligente del superior, en los que la gravedad de la situación impide limitar la retirada de confianza a los eslabones inferiores.

En *segundo* lugar, el hecho de que la responsabilidad política absolutamente objetiva sólo se excluya cuando su exigencia resulte *políticamente incomprensible*, sitúa el debate en los términos políticos que deben serle propios, pero basándose en un principio constitucional que informa la actuación de los poderes públicos: la interdicción de arbitrariedad (art. 9.3 CE) que limita especialmente las actuaciones basadas en el principio de oportunidad. La exigencia arbitraria de responsabilidad política, entendiéndola por tal la que carece absolutamente de fundamento, no sólo no confirma el funcionamiento del sistema democrático, sino que puede perjudicarlo.

A estas alturas puede decirse que para este viaje no eran necesarias tales alforjas, puesto que, en definitiva, llegamos a la conclusión inevitable de que la responsabilidad política se valora, exige y ejecuta *políticamente*, ventilándose, además, —con toda la inseguridad que ello conlleva— ante los ciudadanos y la opinión pública conformada por unos medios de comunicación que no siempre se caracterizan por su neutralidad política. Sin embargo, creo que el camino recorrido hasta aquí puede ser útil, no sólo para introducir algunos elementos de racionalidad en el debate

⁴² Admitido por García Morillo como excepción a la responsabilidad política objetiva, “Responsabilidad política y responsabilidad penal”, op. cit., p. 91.

político, sino también para abordar algunos problemas derivados de la interferencia entre responsabilidad penal y responsabilidad política.

6. Convivencia e interferencias entre responsabilidad penal y responsabilidad política

Como se ha visto hasta aquí, las diferencias entre una y otra clase de responsabilidad son tan estructurales que no cabe sino afirmar que discurren por caminos paralelos, sin implicarse ni excluirse entre sí. Sin embargo, ello no evita las interferencias entre una y otra cuando, como se ha avanzado (*supra*, 4.1, a), se responde políticamente por hechos *proprios* que pueden ser constitutivos de delito y que generan la apertura de un procedimiento penal. En tal escenario merecen atención, al menos, tres cuestiones concretas: 1) la hipotética absorción de la responsabilidad penal por la responsabilidad política o a la inversa; 2) el valor de la responsabilidad política como prueba de la responsabilidad penal y, 3) la eventual oportunidad de apartar del cargo a los investigados en un procedimiento penal.

6.1. Sobre el concurso de responsabilidades

Comenzando por lo primero, resulta obvio que la responsabilidad política no puede ni debe *absorber* a la responsabilidad penal. Toda la teorización resumida hasta aquí sobre su distinta orientación, fundamento, fines y sujetos actuantes resultaría vacía si una vez cumplida la responsabilidad política, la responsabilidad penal se diera por extinguida. Los distintos fundamentos no permiten siquiera la absorción de la responsabilidad penal en un concurso de normas y, con mucha mayor razón, la acumulación de responsabilidades es imperiosa si, además, no es admisible que el juicio político sustituya al juicio penal.

En el supuesto inverso, tampoco cabe que la responsabilidad penal absorba a la responsabilidad política, pese a que ello es frecuentemente reivindicado por aquellos a quienes se demanda responsabilidad política cuando pretenden evitarla, remitiéndose al pronunciamiento de la jurisdicción penal. Aquí el argumento no es sólo la repetida distinta naturaleza de ambas responsabilidades, sino, además, la también reiterada necesidad de evitar la judicialización de la responsabilidad política, remitiendo el proble-

ma a los tribunales. Para que cumpla con su función simbólica, la responsabilidad política debe ejecutarse inmediatamente o con la mayor proximidad posible a los hechos, de manera que esperar a la valoración judicial —incongruencias aparte— supone tanto como vaciarla de contenido.

6.2. Responsabilidad política y prueba de la responsabilidad penal

La necesaria inmediatez de la responsabilidad política plantea el segundo problema apuntado, esto es, la repercusión de la responsabilidad política en la *prueba* de la responsabilidad penal. Tanto si se cesa al responsable político como si éste dimite, puede interpretarse como un reconocimiento de los hechos o una confesión pública, que, pese a no ser una prueba en el sentido procesal estricto, pudiera influir posteriormente en la valoración del juez penal. Y, de acuerdo a lo dicho hasta aquí, no cabe esperar a una prueba judicial de los hechos para exigir la responsabilidad política.

La cuestión no es artificiosa ni irrelevante: si aquél a quien se demanda responsabilidad política se encuentra, además, investigado penalmente por los mismos hechos, puede verse compelido a reconocerlos, en lo que equivaldría materialmente a una declaración en contra de sí mismo que —de acuerdo al art. 24.2 CE— tiene derecho a no realizar.

La solución es difícil, pero pasa inevitablemente por insistir en la distinta naturaleza de la responsabilidad política y en su finalidad orientada a confirmar la vigencia del sistema democrático disminuyendo el perjuicio para la institución de que se trate. Desde este planteamiento, el acusado de delito que dimite puede hacerlo para evitar dicho perjuicio sin reconocimiento pleno de los hechos y, obviamente, sin que su dimisión constituya prueba en el juicio. E, incluso siendo ciertos los hechos, puede resultar absuelto por multitud de motivos relativos a la perseguibilidad o la calificación jurídica de los mismos.

Puede decirse, —diferencias teóricas aparte—, que existe el riesgo de que la dimisión en estos casos influya, siquiera subliminalmente, en la valoración posterior de la prueba, pero frente al mismo debe prevalecer la explicación clara de la dimisión y la confianza en los tribunales para mantener la clara distinción conceptual sobre la responsabilidad penal y las exigencias de su prueba. En cierta forma, la situación

se asemeja a aquella en que se exige la abstención de un juez en un asunto porque se encuentra en una posición en la que no cumple con la necesaria apariencia de imparcialidad, lo que no significa un juicio de fondo sobre la parcialidad de su actuación.

Pero, en todo caso, de mantenerse que el reconocimiento de la responsabilidad política por el investigado penalmente resulta —en terminología penal—, menos *exigible*, está todavía más indicado que sea la propia institución la que reaccione, en beneficio de la confianza ciudadana, cesando al responsable político. Desde el punto de vista de la institución, el fundamento de la responsabilidad política y el consiguiente cese, resulta mucho más evidente y, al mismo tiempo, menos relevante para la prueba procesal de los hechos, puesto que no puede equipararse a una confesión de los mismos por parte del acusado.

Todavía en materia de prueba, resta una consideración obvia pero no por ello menos problemática: lo que puede ser considerado suficiente para exigir responsabilidad política por determinados hechos, puede, en cambio, no superar las exigencias de la prueba en el proceso penal. En efecto, hechos que pueden considerarse demostrados — o, al menos, verosímiles—, ante la opinión pública pueden suponer la pérdida de confianza respecto del responsable político sin que, en un posterior o simultáneo proceso penal, superen las exigencias de la prueba y lleguen a ser declarados *verdad procesal*.

La prueba de la verdad procesal requiere, como es sabido: a) convencimiento sobre la certeza de la culpabilidad; b) existencia de una mínima actividad probatoria de cargo y, c) que la prueba se haya obtenido y practicado con todas las garantías (práctica en el juicio oral con inmediación, oralidad, concentración y publicidad, contradicción y prohibición de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales).⁴³ Pues bien, para demandar responsabilidad política ni siquiera es necesario que concurra plenamente el primer requisito, esto es, el convencimiento sobre la culpabilidad, puesto que no se trata de atribuir culpabilidad en sentido jurídico penal.

Bastará con que se haya establecido una convicción generalizada sobre determinados hechos, suficiente como para que el apartamiento del cargo de su responsable resulte necesario para restaurar la confianza en el funcionamiento del sistema democrático. Pero en ningún caso ello equivale al establecimiento de la verdad procesal que necesita de los restantes elementos enunciados, con los que se asume el riesgo de que hechos ciertos queden sin sanción por no haberse logrado su demostración en juicio.

Si acabamos de decir que esta obvia consideración resulta problemática es porque sus consecuencias pueden provocar una perplejidad sólo superable si se insiste una vez más en la peculiar y desformalizada orientación de la responsabilidad política. Y no siempre es fácil.

En efecto, existen hechos verosímiles aunque no demostrados plenamente ante la opinión pública y también hechos que pueden considerarse plenamente demostrados en dicho ámbito, pero que no es probable que lleguen a constituir verdad procesal, bien porque no alcance a demostrarse su autoría material, bien porque no superen el test probatorio exigible constitucionalmente. Puede citarse como ejemplo de lo primero, casos de filtraciones generalizadas de información o la existencia de actividades como las escuchas ilegales y grabación de conversaciones del Ministro del Interior que —aunque su divulgación pueda beneficiar al derecho a la información— demuestran el descontrol y los enfrentamientos internos en el sector político-administrativo en cuestión,⁴⁴ con independencia de la autoría material de los hechos que, en su caso, generaría responsabilidades jurídicas. El mismo caso sirve para ilustrar la segunda hipótesis enunciada, esto es, hechos comprobados para la opinión pública pero que difícilmente pueden llegar a constituirse en verdad procesal: sin entrar en la eventual calificación penal de los hechos revelados en las conversaciones, la obtención subrepticia de las grabaciones conduce al veto de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales (art. 11.1 Ley Orgánica del Poder Judicial).

⁴³ Puede verse la síntesis de la doctrina del TC al respecto en Armenta Deu, *Lecciones de Derecho procesal penal*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp.59 y ss.

⁴⁴ Me refiero al episodio de las conversaciones entre el ministro del Interior, Sr. Fernández Díaz y el director de la Oficina Antifraude de la Generalitat de Catalunya, Sr. De Alfonso, publicadas en junio de 2016, en las que se evidenciaba la connivencia entre ambos responsables en la búsqueda prospectiva de responsabilidades de dirigentes políticos catalanes, claramente inspirada por intereses políticos. Además del contenido de las conversaciones, la propia existencia de las grabaciones en el despacho del ministro remitía a problemas de hondo calado en la gestión del Ministerio. En el momento de redactar estas páginas, el director de la Oficina Antifraude ha sido destituido por el Parlamento de Catalunya que lo había nombrado, mientras el ministro sigue en su puesto.

Responsabilidad penal y responsabilidad política: elementos para la diferenciación y la confluencia

Esta radical discrepancia en las exigencias probatorias de una y otra clase de responsabilidad no sólo puede provocar perplejidad ante la opinión pública que demanda responsabilidad política, sino también sentimiento de impotencia ante la inexistencia de instrumentos coercitivos para hacerla efectiva, más allá de la genérica y frecuentemente decepcionante remisión al reproche electoral.⁴⁵ Pero tales efectos no deben conjurarse ni con la judicialización forzada que exija de los jueces la solución de un problema político, ni mucho menos con un cambio de las reglas de la prueba procesal de consecuencias nefastas para los derechos de todos los ciudadanos.

6.3. La repercusión de la condición del investigado en su posición política

La LO 13/2015 de 5 de octubre de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales sustituyó el término “imputado” en el proceso penal por el de “investigado”. Según el preámbulo de la ley, este término resulta más adecuado para designar a aquel sobre el que recaen meras sospechas pero no suficientes indicios como para atribuirle formalmente la comisión de un delito y, además, evita las connotaciones negativas y estigmatizadoras que acompañaban a la terminología anterior. Lo cierto es que con anterioridad a esta reforma ya se había puesto de manifiesto que el término “imputado” no debía ser considerado estigmatizante puesto que no necesariamente se asociaba a la existencia de indicios racionales sino que recogía una situación por la que se activa el derecho de defensa del afectado, evitando la acusación “sorpresiva” en estadios más avanzados del procedimiento (STC 186/1990 de 15 de noviembre).⁴⁶

Lo anterior viene a cuento porque cuando el incremento de procedimientos penales por delitos relacionados con la corrupción afecta a cargos políticos y miembros de partidos es frecuente que éstos, no sólo no renuncien a sus puestos, sino que sean incorporados a listas electorales, decisión que, obviamente, depende del partido al que representan. La presencia de “imputados” en la política —sea en los cargos que ocupan,

sea en la incorporación a listas electorales—, motiva las lógicas críticas no sólo en la expresión de la opinión pública, sino también en la doctrina penal.⁴⁷ Desde luego, el término “investigado” incorporado en la reforma de 2015 tiene una menor carga semántica estigmatizadora y se adecua mejor a la realidad, pero es pronto para comprobar si con ello se disminuyen las reticencias ante la presencia de investigados en política.

La cuestión es si el ordenamiento jurídico positivo debe reaccionar de alguna manera ante la excesiva y poco edificante presencia de sospechosos de delito en cargos políticos y listas electorales, como en ocasiones se propone. Las respuestas judiciales a plantear deberían incluir, en principio, el apartamiento del cargo o la suspensión del derecho de sufragio pasivo, vetando la presentación a las convocatorias electorales.

El primer inconveniente radica, lógicamente, en la presunción de inocencia que asiste al investigado. Las medidas a adoptar deberían ampararse en la categoría de medidas cautelares sometidas a la ponderación de su necesidad y proporcionalidad, lo que conduce a valorar si realmente se les requiere para la protección del proceso penal, como, por ejemplo, ocurre con la prisión preventiva. En términos generales, no parece fácil argumentar los beneficios que tales medidas aportarían al desarrollo del proceso, pero baste aquí con dejar planteada la cuestión, para centrarnos en el objeto de estas páginas, situado en las relaciones entre responsabilidad penal y responsabilidad política.

En mi opinión, *juridificar* el apartamiento de los sospechosos de delito, sea de su cargo, sea de las convocatorias electorales posee una única ventaja y muchos inconvenientes que llevan a desaconsejarlo. La ventaja, en coherencia con lo expuesto hasta aquí, consistiría en simbolizar la retirada de confianza a quien resulta sospechoso de delito —si ya ocupa un cargo—, o la negativa a otorgársela, pese a que quienes deberían hacerlo son los electores, frecuentemente inclinados a lo contrario. Obsérvese que son ventajas propias de la responsabilidad política que, en todo caso, pueden ser obtenidas desde las instituciones responsables y, especialmente, desde los partidos, sin necesidad de disponer legalmente de un instrumento judicial que les *obligue* a obtenerlas.

⁴⁵ En el caso referido en el texto, pese al escándalo político-mediático, el Partido Popular que sustentaba al gobierno mejoró sus resultados (también en las circunscripciones catalanas) en las elecciones legislativas inmediatamente posteriores del 26 de junio de 2016.

⁴⁶ Vid. De la Rosa Cortina, *Confesiones. Declaraciones de imputados y acusados. Coimputados, testigos imputados y testigos condenados*. Cizur Menor, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2012, p.16.

⁴⁷ De la Cuesta Arzamendi, “La corrupción...” op. cit., p. 12.

En efecto, las propuestas a que nos venimos refiriendo conllevarían la juridificación de la responsabilidad política, lo que, una vez vista su volatilidad y difícil materialización, resulta claramente atrayente. Sin embargo, los inconvenientes son, a mi juicio, muy superiores.

De entrada, no es desdeñable un incremento de denuncias y querellas con escaso fundamento, diseñadas para apartar al rival político. La instrumentalización política del proceso penal no es un fenómeno desconocido en nuestro sistema y a ella suele atribuirse el fundamento de las inmunidades como obstáculos procesales para limitarla, pero el riesgo de provocarla se incrementa notablemente si la condición de sospechoso supone el apartamiento *ex lege* del rival. Tampoco es desdeñable la posibilidad de responder a unas denuncias con otras, generando una maraña de diligencias judiciales que no sólo banalicen el procedimiento penal, sino que sitúen a los jueces en una difícilísima posición: o investigan, asumiendo las duras consecuencias políticas de su decisión, o limitan la investigación para evitar la instrumentalización política del proceso.

En suma, se judicializa la política y se politiza la justicia. No sólo se atribuiría un poder excesivo a los jueces, sino que con ello se les convertiría en actores políticos, condición que, lamentablemente, ya se les atribuye con demasiada frecuencia y que ha conducido a politizar gravemente los nombramientos realizados por el Consejo General del Poder Judicial y su propia elección.

Pero, sobre todo, juridificar el apartamiento del sospechoso de delito, desplazaría la responsabilidad de quienes realmente deben abordar el problema. Me refiero a la institución en la que el sospechoso desempeña su cargo y a su partido político que son quienes deben valorar y, en su caso, materializar la respuesta política ante las sospechas de delito. Como

se ha dicho al exponer los sujetos intervinientes en la realización de la responsabilidad política (*supra*, 3), los partidos políticos son una pieza esencial, aunque no por ello especialmente inclinada a desempeñar esta función. Pues bien, si la ley desviara su responsabilidad hacia órganos judiciales, proporcionaría una magnífica coartada para la pasividad de los partidos. De hecho, es ya relativamente frecuente que algunos políticos denunciados públicamente por irregularidades —y sus formaciones políticas— argumenten que no han sido “imputados”, es decir, sin imputación o investigación penal pretenden que la responsabilidad política se desvanece lo que, como hemos dicho, es insostenible.

Las políticas contra la corrupción y otros comportamientos irregulares que minan el sistema democrático no puede abordarse —se ha dicho muchas veces, con escaso éxito— exclusivamente desde la respuesta penal y sin la implicación de los actores decisivos, esto es, las instituciones afectadas y los partidos políticos. Ante su ineficacia, buscar la solución jurídica expeditiva apartando al meramente sospechoso —con independencia de la repercusión en los derechos individuales—, puede parecer una respuesta que, por radical, resulte tranquilizadora. Pero como otras respuestas aparentemente radicales que dan soluciones fáciles a problemas complejos, esconde el verdadero problema y genera otros muchos.

A modo de conclusión forzosamente general: la vagorosa delimitación conceptual de la responsabilidad política genera inevitables inseguridades y frustraciones. Es fuerte la tentación de proporcionarle asideros jurídicos coactivos y eficaces, pero la regulación no sólo vacía de contenido a la responsabilidad política sino que contamina las responsabilidades jurídicas. Desde el mundo del Derecho sólo podemos aspirar a proporcionar una cierta claridad y sistematización conceptual, modesto objetivo al que pretenden haber servido estas páginas.



La reedición de la discusión de la pena de muerte en América Latina



Ramiro J. García Falconí

*Universidad Central del Ecuador y
Universidad Internacional del Ecuador*

Ángel Orna Peñafiel

Universidad Central del Ecuador

Eliana Alba Zurita

*Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal
e Investigaciones Criminológicas*

RESUMEN: Desde la Antigüedad la pena de muerte es aplicada como castigo análogo a la acción cometida contra la vida y los credos religiosos. La religión había asimilado esta sanción como una forma de salvar a los no pecadores, de aquellas personas consideradas como peligrosas para la fe. Su discusión es de larga data y las posiciones a favor y en contra, siempre se han hecho presentes.

En América Latina, los altos índices de criminalidad llevan a que sectores sociales exijan se discuta sobre la necesidad de la aplicación de la pena capital, como forma de combatir la inseguridad, lo que desde lo teórico contraponen las teorías retributivas y utilitarias, así como la normativa internacional en materia de protección de derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: Pena de muerte, delito, criminalidad, dignidad humana, retribucionismo, utilitarismo.

ABSTRACT: Since ancient times, death penalty has been applied as a punishment that deserves those who attempt against life and against religious beliefs. Religion had assimilated this sanction as a way to preserve it from sinners, people considered as dangerous for faith. This discussion is long-standing and the arguments for and against have always been present. In Latin America, the high crime rates lead social sectors to demand a new discussion about the need of apply a death penalty as a way to fight the climate of insecurity, position that contrast with retributive and utilitarian theories, as well as international law in human rights.

KEY WORDS: Death penalty, capital punishment, crime, criminality, human dignity, retributivism, utilitarianism

La reedición de la discusión de la pena de muerte en América Latina

SUMARIO: 1. La pena de muerte en la Antigüedad. 2. La pena de muerte en la Inquisición. 3. El debate filosófico alrededor de la pena de muerte. 4. La pena de muerte en el Derecho actual. 5. ¿Es la pena de muerte retributiva o útil?. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

Rec: 17-03-2017 | **Fav:** 30-06-2017 | **Código ORCID:** orcid.org/0000-0002-6343-563X | **Código ORCID:** orcid.org/0000-0003-0266-8963 | **Código ORCID:** orcid.org/0000-0002-2064-7958

Es cada vez más evidente el abismo entre los paradigmas penales del primer mundo, especialmente los europeos y aquellos que manejamos en América Latina, pues los problemas de inseguridad y peligrosidad son diametralmente diferentes. La criminalidad violenta, que azota las calles latinoamericanas es prácticamente desconocida en la mayor parte de Europa, mientras que el terrorismo y el temor a los ataques generados por grupos islamistas, constituye el punto de principal preocupación para gobiernos como los de España, Francia o Alemania por ejemplo. Esto tiene varias implicaciones, pues en nuestro continente hemos estado siempre propensos a mirar y copiar las soluciones europeas e incorporarlas a nuestra legislación y praxis institucional nacional, tendencia que entraña varios riesgos, teniendo en cuenta que las mismas están pensadas para entornos, sociedades y problemas diferentes a los nuestros. La incorporación de la normativa europea relativa al terrorismo, en las legislaciones latinoamericanas por ejemplo, ha dado lugar a su aplicación para reprimir la protesta social y criminalizar la oposición política, como sucede claramente en los casos ecuatoriano¹ y venezolano.²

La búsqueda de soluciones propias a los problemas de criminalidad, no se encuentra exenta de riesgos y problemas, pues por un lado la sensación de inseguridad se ve acrecentada por una cobertura mediática constante y exagerada, que magnifica los hechos más violentos y sangrientos; y por otro, la ausencia de estructuras ideológicas en los movimientos y partidos

políticos latinoamericanos, hace que el populismo penal sea un recurso de fácil acceso en la cacería de votantes. Los problemas de pandillas, maras y carteles del narcotráfico pretenden resolverse con un incremento del punitivismo, al punto que opciones como la cadena perpetua o la pena de muerte, han vuelto a ponerse en el tapete de discusión pública.

Tanto en Ecuador, como en varios países de América Latina, han surgido últimamente voces que proponen resucitar la pena de muerte como solución a los problemas de criminalidad e inseguridad ciudadana. En algunos casos se han convertido incluso en planes de campaña presidencial,³ que se han puesto a consideración de la ciudadanía. La reedición de la pena capital como propuesta, ha merecido una serie de impugnaciones de corte político y periodístico, pero es muy poco lo que sobre el tema se ha dicho en la región desde lo jurídico, por lo que es necesario revisar algunos conceptos, tanto históricos, como filosóficos.

1. La pena de muerte en la Antigüedad

La pena de muerte existe hoy en varios de los países de mayor desarrollo e influencia mundial, así lo encontramos en las legislación china, así como en la de varios estados de los Estados Unidos de América; mientras que en Europa el único país que la sigue aplicando es Bielorrusia. En clave histórica, aparece desde las primeras manifestaciones jurídicas de las que se tiene noticia. De hecho la encontramos en La

¹ García Falconí, Ramiro; "Informe sobre la Aplicación del Concepto de Terrorismo en el Ecuador" en *Terrorismo y Derecho penal* Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Ed., Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, p. 327.

² Molodell, Juan Luis; "El Delito de Terrorismo en el Ordenamiento Jurídico Venezolano" en *Terrorismo y Derecho penal, Kai Ambos, Ezequiel Malarino, ed.*, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, p. 478.

³ En Honduras, Porfirio Lobo Sosa triunfó en las elecciones presidenciales, enancado en su propuesta de restaurar la pena de muerte para castigar a los pandilleros o "mareros". <<http://www.emol.com/noticias/internacional/2005/02/22/173812/en-honduras-candidato-gana-abogando-por-pena-de-muerte.html>>. (Consulta: 19/12/16). En las últimas elecciones peruanas, el candidato Vladimir Cerrón propuso la pena de muerte como solución a la ola de asesinatos que se produce en Lima. <<http://diariocorreo.pe/ciudad/cusco-candidato-a-la-presidencia-vladimir-cerron-propone-pena-de-muerte-para-delinquentes-video-636032/>>. (Consulta: 19/12/16). Keiko Fujimori, candidata finalista también se mostró a favor de la pena de muerte para violadores de niños menores de 7 años. <<http://www.americatv.com.pe/noticias/actualidad/candidatos-presidenciales-se-pronuncian-sobre-pena-violadores-y-agresores-menores-n220821>>. (Consulta: 19/12/16). En las elecciones presidenciales de Ecuador, el candidato Iván Espinel por el movimiento Compromiso Social también planteó la pena de muerte como opción para reprimir violaciones y asesinatos. <<http://www.eluniverso.com/noticias/2016/11/17/nota/5908090/ivan-espinel-inscribio-su-candidatura-presidencia-ecuador>>. (Consulta: 19/12/16).

primera estructura normativa de la que tenemos noticia, misma que data del 2112 a 2095 a.C. y se le conoce como el Código de Ur-Nammu, rey que de acuerdo a su propia descripción, era “aquel que, según las leyes justas del dios Babbar, estableció el reinado del Derecho en la tierra”.⁴ De los algo más de 30 artículos que han llegado a nuestro conocimiento, al menos la mitad tienen un componente penal, en los que se castiga con la pena de muerte al asesinato,⁵ el robo⁶ y la violación.⁷

Siglo y medio más tarde (1934–1924 a.C.) se dicta lo que conocemos actualmente como el Código de Lipit-Íštar, quinto rey de la dinastía de Isin. Esta codificación se compone de un prólogo y 43 artículos: en el prólogo se insiste en el carácter divino del poder real y se define a sí mismo, como el traductor de la voluntad de dios.⁸ En este código, en el que también es marcado el acento penal, se impone la pena de muerte para los delitos de allanamiento de morada⁹ o el de destrucción de muro.¹⁰ Llama la atención el delito de acusación falsa, para el que se impone la

pena al acusador, correspondiente al delito falsamente acusado.¹¹ La ley talional (ojo por ojo) aparece posteriormente en un código acadio, dictado en el Estado de Eshnunna (1835-1795 a.C.).

Unos años después, es decir entre 1790 y 1750 a.C., se produce la obra legislativa más célebre de la antigua Mesopotamia, me refiero al denominado “Código de Hammurabi”, en honor al rey babilónico que lo emitió (*Hammu el grande*).¹² De las 282 disposiciones que han llegado a nuestro conocimiento, se establece la pena de muerte en al menos 25 de ellas.

Vemos que se hace uso de la pena capital de manera recurrente para delitos como homicidio intencional,¹³ falso testimonio en casos de suma gravedad,¹⁴ idolatría,¹⁵ secuestro de un israelita,¹⁶ incesto, homosexualidad y bestialidad,¹⁷ violación,¹⁸ adulterio,¹⁹ ciertas prácticas sexuales extramaritales,²⁰ falsas profecías,²¹ magia, adivinación y brujería,²² violación del Sabbath o día de descanso,²³ blasfemia,²⁴ golpear o maldecir a los padres²⁵ y ciertos delitos contra el rey.²⁶ La pena capital no tenía una forma única de

⁴ Thureau-Dangin, Francois.; *Les Inscriptions de Sumer et d' Akkad*, Leroux, París, 1905, pp. 266-267.

⁵ § 1. Si un hombre ha cometido un asesinato, se matará a ese hombre.

⁶ § 2. Si un hombre ha cometido un acto de bandidaje, se le matará.

⁷ § 6. Si un hombre, actuando indebidamente, ha desflorado a la esposa, todavía no desflorada de un hombre, se matará a ese hombre.

⁸ Gaudemet, Jean; *Les naissances du droit*, Montchrestien, París, 2006, p. 5.

⁹ § 6. Si un hombre ha echado abajo la puerta de la casa, que se mate al hombre que ha echado abajo la puerta de la casa.

¹⁰ § 7. Si un hombre ha horadado el muro de la casa, que se cuelgue delante de la brecha al hombre que a horadado el muro de la casa.

¹¹ § 22. Si un hombre acusa injustamente a otro hombre de un asunto que éste no conoce, este hombre que no puede aportar la prueba de su acusación, soportará la pena del asunto del cual él le había injustamente acusado.

¹² García Falconí, Ramiro y Melissa Larenas Cortez; “Los albores del Derecho penal, la regulación del poder punitivo en los códigos sSumerios, acadios y semitas” en *Revista Derecho Penal y Criminología* Vol. 38, No. 102, enero-junio de 2016, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 73.

¹³ Éxodo 21:12; Levítico 24:17; Números 35: 16-21, Números 35: 16-21, 35: 29-34

¹⁴ Deuteronomio 19: 16-21

¹⁵ Éxodo 20: 3-5; Levítico 20: 1-5; Números 25: 1-9; Deuteronomio 13: 19.02; Deuteronomio 17: 2-7; 1 Reyes 15: 11- 13; 2 Reyes 10: 18-28

¹⁶ Éxodo 21:16; Deuteronomio 24: 7

¹⁷ Éxodo 22:19; Levítico 20: 11-17

¹⁸ Deuteronomio 22: 23 al 27; llama la atención en esta norma que si la mujer violada no gritaba pidiendo ayuda, también debía ser ejecutada.

¹⁹ Levítico 20: 10-12; Deuteronomio 22:22

²⁰ Levítico 21: 9; Deuteronomio 22: 20-21, Deuteronomio 22: 20-21, 22: 23-24

²¹ Deuteronomio 13: 1-5; Deuteronomio 18: 20-22; 1 Reyes 22: 19-28; Jeremías 26: 9, Jeremías 26: 9, 26: 15-16; Jeremías 28: 5-9

²² Éxodo 22:18; Levítico 19:26, Levítico 19:26; Levítico 20: 6, Levítico 20: 6, 20:27; Deuteronomio 18:10; 1 Samuel 28: 3, 1 Samuel 28: 9

²³ Éxodo 20: 8-11; Éxodo 23:12 Éxodo 31: 14-17; Éxodo 34:21; Éxodo 35: 1; Éxodo 35: 1; 2: 1; Levítico 23: 3; Números 15: 32-36; Nehemías 13: 15-22

²⁴ Levítico 24: 14-16, Levítico 24: 14-16, 24:23; 1 Reyes 21:13

²⁵ Éxodo 21:15, Éxodo 21:15, 21:17

²⁶ Samuel 20:31; 1 Samuel 22: 7 a 19; 2 Samuel 12: 5; 2 Samuel 13:30; 2 Samuel 15:12; 2 Samuel 16: 5-9, 2 Samuel veintiún; 1 Reyes uno y veintiún, 1 Reyes una y cincuenta y uno; 1 Reyes 2: 22-25; 1 Reyes 12: 18-19; 1 Reyes 21:10

²⁷ Éxodo 19:13; Levítico 20:27; Levítico 24:14; Deuteronomio 22:24; Josué 07:25; 1 Reyes 21:13

La reedición de la discusión de la pena de muerte en América Latina

ejecutarse, de hecho se hacía a través de lapidación,²⁷ incineración,²⁸ con golpe de espada,²⁹ decapitación³⁰ y a flechazos.³¹

Una característica básica de la ley hebrea es la severidad con la que se castigan tanto los delitos contra la divinidad, como contra la moral y buenas costumbres.³² El componente de venganza privada se mantiene latente, no sólo a través de la ley taliónica, sino que se constituye en el eje alrededor del cual se construye el sistema de castigo.³³ La pena en el caso de la ley hebrea, al igual que con la codificación de Hammurabi, no comprende solamente al culpable, sino también a la familia, animales y cosas³⁴ y puede llegar en términos de venganza hasta la cuarta generación.³⁵ La pena se encuentra impregnada de tal forma por un componente de venganza, que inclusive se establecen las jerarquías de los vengadores y se remarca la importancia del vengador de la sangre.³⁶

Del 1200 al 800 a.C. el homicidio era estrictamente personal, si el autor no escapaba, los familiares de la víctima le capturaban y le mataban o en su defecto aceptaban el “dinero de sangre”, una suerte de compensación económica que libraba al homicida de la pena de muerte. El gran cambio se produce varios siglos después, cuando se impone la idea (o sentimiento actualmente), que “la sangre mancha la tierra”, lo cual obliga a que se derogue la posibilidad del “dinero de sangre” y para evitar esta mancha sangrienta el autor de la muerte, debía morir también. En Atenas una vez que la familia de la víctima formalizaba públicamente su acusación, el acusado se consideraba manchado y podía ser muerto por cualquiera que lo encontrara en un lugar público. Se consideraba que la afectada ya

no era la familia, sino la comunidad, por lo que era esta última la que debía determinar la pena correspondiente.³⁷

Mientras en la época homérica no se hacía diferenciaciones entre las distintas formas de homicidio, con excepción de la especial gravedad que se le atribuía a la muerte de los propios parientes, en Atenas se establecieron diferentes tribunales para juzgar las diversas clases de muertes. Así el Aerópago, la corte de más alto nivel, conocía los asesinatos premeditados, mientras que un tribunal menor compuesto por 51 miembros, conocía los homicidios no premeditados. Otra corte independiente juzgaba a las personas que mataban nuevamente, mientras se encontraban en el exilio por una muerte anterior y finalmente, existía una corte especial para conocer muertes producidas por autores no identificados, animales u objetos inanimados.³⁸

La legislación emitida por Dracón, considerada como la primera constitución de Atenas, estableció la pena de muerte, prácticamente para todas las faltas que se cometieren, al punto que hasta hoy se define a la palabra “draconiano” como una medida o ley excesivamente severa.³⁹ Posteriormente, con la codificación realizada por Solón en el 594 a.C., sólo se castigaba con la pena de muerte al homicidio premeditado y a la muerte producida con ocasión de la comisión de otro delito.

La pena de muerte en Roma se denominaba como *supplicium* o *poena capitalis*, siendo la decapitación la forma más antigua de aplicación, denominándose como *imperium* al hacha con la que se cortaba la cabeza al condenado. Este se convirtió no solo en

²⁸ Génesis 38:24; Levítico 20:14; Levítico 21: 9

²⁹ Deuteronomio de las 13:15; 1 Reyes 18:40; 2 Reyes 23:20

³⁰ Reyes 6: 31-32; comparar 2 Samuel 16: 9

³¹ Éxodo 19:13

³² Goldstein, Mateo; *Derecho Hebreo, a través de la Biblia y el Talmud*, Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1947, p. 70.

³³ Éxodo 9: 5 y 6 “la sangre no puede ser lavada más que por la sangre”; Números 25: 27 y 28 “ningún rescate por la vida de un asesino”; Segunda de Samuel 5: 6 “la venganza se ejerce: 1. Contra el asesino; 2. Contra el violador; 3. Contra el adúltero; 4. Contra el ladrón”.

³⁴ Josué 7: 19 a 25; “Entonces Josué dijo a Acán: Hijo mío, da gloria a Jehová el Dios de Israel, y dale alabanza, y declárame ahora lo que has hecho; no me lo encubras. Y Acán respondió a Josué diciendo: Verdaderamente yo he pecado contra Jehová el Dios de Israel, y así y así he hecho... Entonces Josué, y todo Israel con él, tomaron a Acán hijo de Zera, el dinero, el manto, el lingote de oro, sus hijos, sus hijas, sus bueyes, sus asnos, sus ovejas, su tienda y todo cuanto tenía, y lo llevaron todo al valle de Acor. Y le dijo Josué: ¿Por qué nos has turbado? Túrbete Jehová en este día. Y todos los israelitas los apedrearon, y los quemaron después de apedrearlos”.

³⁵ Números 14: 18; “Jehová, que es tardo para la ira y grande en misericordia, que perdona la iniquidad y la transgresión y que no deja impune al culpable; que visita la maldad de los padres sobre los hijos hasta la tercera y cuarta generación”.

³⁶ Deuteronomio 35: 19 “El vengador de la sangre, él dará muerte al homicida; cuando lo encontrare, él lo matará”.

³⁷ Blecker, Robert; “Ancient Greece’s Death Penalty Dilemma and its Influence on Modern Society” en *USA Today Magazine*, 2006, p. 60.

³⁸ Blecker, Robert; “Ancient Greece’s Death Penalty Dilemma and its Influence on Modern Society” en *USA Today Magazine*, 2006, p. 62.

³⁹ Diccionario de la Lengua Española, RAE, 23.a edición, 2014.

símbolo de la pena de muerte, sino de la potestad de la autoridad sobre los ciudadanos.⁴⁰ En cuanto a la crucifixión, existen registros muy limitados de su aplicación, pues sólo se conocen veinte nombres de condenados a dicha pena, siendo obviamente el más conocido, el de Jesús de Nazaret. Bajo cálculos conservadores se estima que alrededor de treinta y tres mil personas fueron ejecutadas bajo este mecanismo desde la Segunda Guerra Púnica hasta la época de Constantino, en que es definitivamente abolida.⁴¹

Otras formas de ejecución fueron el saco (*cuellus*), que se aplicaba a los autores de parricidio, por la cual luego de azotarse al condenado, se le colocaba un gorro de piel de lobo y unos zapatos de madera y posteriormente, junto a culebras y otros animales se le introducía en un saco y se le lanzaba al río. Las Doce Tablas establecían la pena por fuego a los incendiarios, atándoles a un poste sobre un montón de leña.⁴² Esta práctica ya se estableció mucho tiempo antes, en el Código de Hammurabi (1751 A.C.) y se generalizó su uso por parte de la Santa Inquisición a partir de 1215, como veremos posteriormente. De igual forma, la muerte entregando a los condeandos a las fieras se utilizó desde la época republicana, hasta el Derecho justinianeo.

Vale señalar que en las Doce Tablas se definen los casos en que quitar la vida a alguien no es ilegal, como en el caso de la legítima defensa contra un ladrón (XII tab. 8.12 f.), la eliminación de niños deformes (4.1) e incluso se contempla el caso del homicidio culposo (8.24a). La pena capital (*sacratio capitis*) es aplicada en casos muy contados y es legal solamente después de emitida la condena (9.6).⁴³

Un caso especial de ejecución es el que se producía en el ejército, en caso de cobardía o deshonor. En 73 a.C. Craso al mando de ocho legiones, enfrentó a Espartaco, líder de un grupo de gladiadores y esclavos sublevados, destacando dos legiones al mando de su lugarteniente Mumio con la orden de ir a la retaguardia de los sublevados, pero no atacarlos. Mumio desobedeció la orden de Craso y atacó, siendo

derrotado, luego de lo cual se aplicó a sus hombres la denominada *decimatio*, es decir el castigo conocido también como diezmo, por el cual de cada 10 soldados, moría uno en manos de sus propios compañeros, por su cobardía.⁴⁴

2. La pena de muerte en la Inquisición

Si bien desde la conversión de Constantino, los cristianos comenzaron a perseguir a los que consideraban “herejes”, es a partir de 1184, con la emisión de la bula *Ad abolendam* por parte del Papa Lucio III, que se institucionaliza la pena de muerte a los mismos, a quienes se les condena a anatema perpetuo.⁴⁵ La forma de ejecución más recurrente fue la hoguera, la cual por cierto, se utilizaba como mecanismo de ejecución desde la Antigüedad. Es así que en el Código de Hammurabi ya se contemplan algunos tipos penales en los cuales debía aplicarse la quema como pena, como en el caso de quien cometía incesto con la madre, después de la muerte del padre.⁴⁶

La publicación del *Malleus Maleficarum* en 1486, de autoría de los dominicos Heinrich Kramer y Joseph Sprenger desencadenó diferentes formas de “cacería de brujas” a lo largo y ancho de Europa. En la Península Ibérica por ejemplo, se produjeron procesos de considerable magnitud en Navarra en 1525, en Cataluña, especialmente entre los 1548 y 1549, así como en las décadas segunda y tercera del siglo XVIII y las Vascogadas donde se produjo el juicio más célebre, el de las brujas de Zugarramundi, en la primera década del siglo XVII.⁴⁷

Una sentencia a muerte famosa, fue la dictada en 1600 contra el filósofo Giordano Bruno, bajo los cargos de negar la divinidad de Jesús y rehusarse a abjurar de las ocho proposiciones presentadas por éste, entre las cuales estaba la idea de un universo infinito, lo cual fue considerado herético por sus juzgadores, entre quienes se encontraba el jesuita Roberto Bellarmino, posteriormente proclamado como santo por la Iglesia Católica.⁴⁸

⁴⁰ Mommsen, Theodoro; *Derecho penal romano*, Temis, Bogotá, 1999, p. 566.

⁴¹ Granger Cook, John; “Roman Crucifixions: From the Second Punic War to Constantine” en *Zeitschrift für die Neutestamentliche Wissenschaft und die Kunde der Älteren Kirche*, De Gruyter, 2013, p. 1.

⁴² Mommsen, Theodoro; *Derecho penal romano*, TEMIS, Bogotá, 1999, p. 568.

⁴³ Rüpke, Jörg; “You Shall Not kill. Hierarchies of Norms in Ancient Rome” en *Numen*, Vol. 39, Fsc. 1, Brill, Leiden, 1992, p. 60.

⁴⁴ Jones, Peter; “Ancient and Modern Rome’s death penalty” en *The Spectator*, agosto 3, 2011.

⁴⁵ Wolter, Hans; “Herejía e inquisición en el siglo XII” en *Manual de historia de la iglesia*, Barcelona, 1986, p. 359.

⁴⁶ Roth, Michel P.; *Crime and Punishment, A History of the Criminal Justice System*, Wadsworth, Belmont, 2011, p. 6.

⁴⁷ Cavallero, Constanza; ¿Brujas satánicas o príncipes pecadores? Fundamentos “políticos” del escepticismo demonológico en la temprana Modernidad.

⁴⁸ Rowland, Ingrid D.; “What Giordano Bruno left behind” en *Common Knowledge*, Duke University Press, 2008, p. 424.

La reedición de la discusión de la pena de muerte en América Latina

Uno de los pioneros en proponer la limitación de la pena de muerte, fue sin duda Cesare Beccaria, quien en su obra *De los Delitos y de las Penas* (1764) establece los fundamentos para la construcción de un Derecho penal liberal y humano, señala que la pena capital debe limitarse solamente a aquellos en que los enemigos públicos, afectan la existencia misma de lo que él denomina la *salute pubblica*.⁴⁹ Bajo condiciones normales Beccaria propone la sustitución de la pena de muerte por la cadena perpetua de labores forzadas. Vale señalar que ya anteriormente, Tomás Moro a través del protagonista de su obra *Utopía* (1516), Raphael Hythloday (en español Hitlodeo), planteó argumentos similares a los de Beccaria, al señalar que la pena de muerte no servirá para detener la comisión de delitos y que la *salus publica* estaría mejor servida, si se explotara las potencialidades físicas de los condenados, en lugar de eliminarlos.⁵⁰

Desde entonces, la discusión sobre la pena de muerte ha sido prolífica y se reactiva cada tanto, especialmente cuando el punitivismo se desborda, avivado por una sensación de inseguridad, que como se dijo al inicio de este trabajo, tiene en los medios de comunicación una fuente constante de alimentación. Fue célebre por ejemplo, la disputa que sobre este tema tuvieron dos escritores de fama mundial como Víctor Hugo y Baudelaire.

3. El debate filosófico alrededor de la pena de muerte

La pena de muerte se ha discutido por los filósofos, desde hace milenios, así San Agustín de Hipona en el

siglo IV ya se cuestiona la legitimidad de la pena de muerte, por una parte desde el precedente bíblico, pues la imposición de la muerte por mandato divino, es un tema recurrente en el Antiguo Testamento.⁵¹ Las referencias bíblicas que autorizan la imposición de la pena de muerte son múltiples y se refieren a varias infracciones.⁵² Sin embargo, es clara también la invocación del Nuevo Testamento a la piedad y a la limitación de la imposición de penas severas, el perdón asume primacía por sobre el juzgamiento, Pedro es advertido que debe perdonar “setenta veces siete”, el amor divino es comparado con la lluvia, que cae tanto al justo como al que no es y se llama a los cristianos a amar a sus enemigos y perdonar a sus ofensores.⁵³

A las contradicciones conceptuales bíblicas sobre la pena de muerte, que aparecen de la comparación entre Antiguo y Nuevo Testamento, debe añadirse la influencia que ejerció en Agustín el pensamiento griego y el romano. Las Doce Tablas dictadas en el siglo V a.C, se constituyeron en la base de la legislación romana posterior y a la época de Agustín; se incluía la pena de muerte, para infracciones que iban desde la violación de una virgen vestal a la composición de canciones satíricas.⁵⁴

Esta variedad de fuentes en las que Agustín basa su pensamiento, hace que éste sea un tanto ambivalente, pues comienza por aceptar la potestad de las autoridades romanas para ejecutar condenados, aún más, en *De Ordine* señala que el oficio de verdugo es “feo” pero “necesario para un estado bien gobernado”.⁵⁵ Su posición no sólo se basa en sus fundamentos bíblicos, sino en su condición de ciudadano romano, a efecto de mantener la paz.⁵⁶ Sin embargo, considera que sólo

⁴⁹ Beccaria, Cesare; *Tratado de los delitos y de las penas*, Joachin Ibarra, Madrid, 1774, p. 141. “No es, pues, la pena de muerte Derecho, cuando tengo demostrado que no puede serlo: es sólo una guerra de la nación contra un ciudadano, porque juzga útil, o necesaria la destrucción de su ser. Pero si demostraré que la pena de muerte no es útil, ni es necesaria, habré vencido la causa a favor de la humanidad.”

⁵⁰ Moro, Tomás; *Utopía*, p. 12. “-Mi última convicción, Santísimo Padre_ le dije yo es que es totalmente injusto quitar la vida a un hombre por haber robado dinero. Pues creo que la vida de un hombre es superior a todas las riquezas que puede proporcionar la fortuna... Dios prohíbe matar. ¿Y vamos a matar nosotros porque alguien ha robado unas monedas?”

⁵¹ Thompson, Phillip M.; *Augustine and the Death Penalty: Justice as the Balance of Mercy and Judgement en Augustinian Studies*, Vol. 40, Issue 2, 2009, p. 183.

⁵² La biblia autoriza la pena de muerte en el caso de ofensas religiosas incluyendo a la idolatría (Éxodo 20:3-5; Deuteronomio 13:1-10; Deuteronomio 17:2-7); falsa profecía (Deuteronomio 18:20-22); trabajo sabático (Éxodo 31:14-15; 35:2); brujería (Éxodo 22:18; Levítico 20:27); blasfemia (Éxodo 22:28) desobediencia a la autoridad religiosa (Deuteronomio 17:8-13), adulterio (Levítico 20:10; Deuteronomio 22:22ff); prostitución (Levítico 21:9; Deuteronomio 22:20-21); incesto (Deuteronomio 27:20ff.); sodomía y bestialidad (Levítico 18:22ff.; Levítico 20:13ff.).

Para la indecisión de Dios para así aplicar plenamente la ira divina y el coraje a los extremos a la justicia humana, Génesis 3 (Adán y Eva no han muerto), Génesis 9:6 (La voluntad de Dios sobre no matar después de la inundación); la exclusividad de la autoridad divina para tomar la vida (Salmo 37:8-10)

⁵³ Mateo 18:22; 5:44; 6:12.

⁵⁴ Nicholas, Barry; *An Introduction to Roman Law*, Clarendon Press, 1976, p.

⁵⁵ San Agustín; *De Ordine en The Fathers of the Church, Vol. I*, Cima Publishing, Nueva York, p. 287-288.

⁵⁶ san agustín; *Saint Augustine's Letters*, Letter 153, Parson ed., p. 281.

las autoridades competentes pueden imponer dicha pena, que la ejecución es una medida excepcional que debe ser utilizada en casos de extrema necesidad y que la Iglesia debía ser una influencia fuerte de petición de misericordia a favor del condenado.⁵⁷

Santo Tomás de Aquino por su parte, consideraba que la maldad (*malum*), en el caso de las criaturas racionales, se dividía entre castigo (*poena*) y falta o infracción (*culpa*), división que a su criterio no existiría para los seres no racionales, sino sólo a aquellos dotados de intelecto y sobre todo voluntad.⁵⁸ Considera que de la forma en que una persona se convierte en un ser peligroso e infeccioso para una sociedad, en razón de sus pecados, será valioso y ventajoso matarlo, de forma que pueda salvaguardarse el bien común.⁵⁹ En el mismo sentido, considera que se encuentra permitido matar a un criminal si esto es necesario para el bienestar de toda la comunidad. Esta potestad, sin embargo, es privativa de aquel a quien se le ha encargado el cuidado de la comunidad, de la misma forma como un médico amputa una extremidad, cuando ésta hace peligrar el bienestar de todo el cuerpo.⁶⁰

La discusión sobre la pena y de manera especial, sobre la pena de muerte, se fundamenta en dos posiciones encontradas, aunque en ocasiones coincidentes. Me refiero al utilitarismo y al retributivismo. Como fundador de la primera tendencia, se ubica a Bentham, para quien la vida humana se reduce a dos motivaciones principales, la persecución del placer por una parte y la evitación del dolor, por otra, derivando de éstas su denominado “principio de utilidad”.⁶¹ Este principio se aplica tanto a los valores éticos, como a otros sistemas, tal es el caso de la pena. Para Bentham la pena es una consecuencia artificial, aplicada por una autoridad política a un acto ofensivo, por una parte y con la finalidad de impedir que

produzcan eventos similares, con las mismas consecuencias dañosas, por otra.⁶² Añade, sin embargo, que todo castigo es un daño, todo castigo es en sí mismo un mal, por lo que desde el principio de utilidad, si es que en absoluto debe ser admitido, debe serlo sólo en tanto permita excluir un mal mayor.⁶³ En cuanto a la pena de muerte, la crítica de Bentham se dirige a cuatro consideraciones relevantes esgrimidas en su favor, esto es, que es “análoga” al delito cometido, que es “popular”, que es “ejemplarizadora” y que es “eficaz”.

En cuanto la pena de muerte, como análoga al delito castigado, se entendería que se refiere a la pena capital impuesta a los asesinos, sin embargo, Bentham no dijo nada cuando la ley inglesa de 1775 autorizó la pena de muerte para docenas de delitos contra las personas, propiedad, orden público y el estado.⁶⁴ El propio autor estaba consciente de lo débil de este argumento, cuando señaló que “la analogía es una buena recomendación, pero no una buena justificación”.⁶⁵ En cuanto a la “popularidad” de la pena de muerte, Bentham señala que las posiciones a favor de la misma están normalmente basadas en la ignorancia y desinformación y que una vez se entienda que la pena de muerte ni frena ni previene la comisión de delitos, su popularidad se desvanecería. Sobre la “ejemplaridad” de la pena de muerte, Bentham, al igual que Beccaria, considera que la cadena perpetua es mucho más penosa que la pena capital, no sólo por su duración, sino sobre todo por el impacto que genera en el penado el saber que va a pasar el resto de su vida tras las rejas. Finalmente, en lo relativo a la “eficacia” de la pena de muerte, Bentham señala que el confinamiento a una persona que ha cometido un delito, resulta medida suficiente para prevenir la reiteración delictiva, dejando sin embargo, abierta

⁵⁷ *Cartas de San Agustín en Nicene y post-Niece padres*, vol.1, Carta 47 (5), 292-294. *Cartas de San Agustín*, ed. Parsons, vol. 3, Carta 134, 9-12; Vol. 3, Carta 153, 281-303.

⁵⁸ Santo Tomás de Aquino; *De Malo*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1995, Cuestión I, Artículo 4.

⁵⁹ Santo Tomás de Aquino; *Suma Teológica*, IIa-IIae. q.64.a.2.

⁶⁰ Santo Tomás de Aquino; *Suma Teológica*, IIa-IIae. q.64.a.3.

⁶¹ Bentham, Jeremy; *Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, Athlone Press, Londres, 1970, capítulo I, sección I. “La naturaleza ha ubicado al hombre bajo el gobierno de dos maestros soberanos, el dolor y el placer. Es sólo por ellos que hay que señalar lo que debería hacerse, así como determinar lo que haremos. Por un lado, el estándar de lo correcto y lo incorrecto... el principio de utilidad reconoce esta sujeción, y la asume para la fundación de ese sistema, pues esta sujeción es el objeto del que se erige el material de la felidat por las manos de la razón y la ley.”

⁶² Bentham, Jeremy; *Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, Athlone Press, Londres, 1970, capítulo XII, sección 36.

⁶³ Bentham, Jeremy; *Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, Athlone Press, Londres, 1970, capítulo XIII, sección 2.

⁶⁴ Bedau, Hugo Adam; “Bentham’s Utilitarian Critique of the Death Penalty” en *Journal of Criminal Law and Criminology* 1033, 1983, p. 1042.

⁶⁵ Bentham, Jeremy; *The Works of Jeremy Bentham*, Bowring, Londres, p. 449.2.

La reedición de la discusión de la pena de muerte en América Latina

la puerta a casos excepcionales, como aquellos en los cuales se trate de violencia terrorista al servicio de una ideología política revolucionaria.⁶⁶

Uno de los más fervorosos defensores de la pena de muerte, fue sin duda Kant, quien desde su concepción retributiva de la pena, consideraba a la ley taliónica (ojo por ojo) como un principio de la justicia penal, que demandaba absoluta equivalencia entre el delito y la pena a imponerse. De esta forma señala que “sólo la ley de retribución (ley taliónica) es apropiada para determinar las penas porque no está basada en ninguna forma de calculable equivalencia sino en pura racionalidad jurídica”⁶⁷.

Kant señala que el Derecho penal es un imperativo categórico⁶⁸ e insiste en que esta conceptualización, demanda que los individuos sean tratados no como instrumentos o medios para la consecución de un fin, sino como un fin en sí mismos⁶⁹ y en el carácter “desinteresado” de la ley retributiva o taliónica. Sobre esto vale decir, que desde la estética, también Kant definió a la belleza como aquello que da placer, sin interés, siendo éste el deseo de la existencia del objeto.⁷⁰ Esta definición del desinterés kantiano presenta una serie de problemas, pues como bien señala Adorno en lo referente a la estética, el desinterés de la obra de arte le aleja del efecto inmediato que la satisfacción quiere conservar, lo cual prepara la quiebra de la supremacía de dicha satisfacción. Señala que al interés propio del arte, debe acompañarle la sombra del interés más salvaje. Por esta razón define a la estética kantiana como una forma de placer castrado.⁷¹ En el mismo sentido y sin referirse a la defensa kantiana de la pena de muerte, sino solamente de su concepción estética, Nietzsche cuestiona el supuesto “desinterés” del que parte Kant,⁷² pues este último creyó privilegiar al arte atribuyéndole características pro-

pias del conocimiento: impersonalidad y validez universal. Si un sujeto tiene interés en la representación de un objeto, hay algo de lo subjetivo que se manifiesta; donde puede haber una inclinación, está en juego lo subjetivo fenoménico, por lo que el juicio de gusto no puede ser interesado, porque lo subjetivo que está en juego en este juicio corresponde al sujeto trascendental.⁷³ Para Nietzsche esta supuesta separación entre el sujeto y el objeto es tramposa, pues como señala en su *Estética y Teoría de las Artes*, no hay “objeto en sí mismo, señores míos!”⁷⁴

Esta “contemplación desinteresada” no es sólo estética, sino también ética como hemos visto en el caso de la pena de muerte, en donde como analiza Derrida, remitiéndose a la crítica de Baudelaire, tampoco en el caso de la ley taliónica en la que sustenta Kant la pena de muerte, ésta es “desinteresada”. Para Derrida detrás de la defensa kantiana de la pena de muerte, no se encuentra solamente la “pura obediencia de principios metafísicos”, sino además de la propia supervivencia, la soberanía del Estado y su voluntad.⁷⁵

La pena de muerte para Derrida debe analizarse desde una perspectiva teológico-política, lo cual despertará la curiosidad de más de uno, que se preguntará con razón, qué tiene que ver la religión con la pena capital. Para el autor francés la pena de muerte es aquello que la Biblia y la Grecia de Platón destinaban a quienes imaginen dioses nuevos o diferentes.⁷⁶ Históricamente la noción de soberanía se deriva de Dios, como el poder absoluto a quien corresponde decidir por sí y ante sí, respecto de la vida y muerte de los demás, pudiendo trazarse una línea desde la antigua Atenas y Jerusalén hasta el dios medieval, como regulador soberano de la creación y desde éste al de los reyes y Papas por derecho divino.⁷⁷ La Revolución Francesa, aunque decapita

⁶⁶ Bentham, Jeremy; *The Works of Jeremy Bentham*...op. cit., p. 449.2.

⁶⁷ Kant, Immanuel; *La Metafísica de las Costumbres*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, p. 105.

⁶⁸ Kant, Immanuel; *The Philosophy of Law. An Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence as the Science of Right*, Clark, Edimburgo, p. 194.

⁶⁹ Kant, Immanuel; *La Metafísica de las Costumbres*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, p. 104.

⁷⁰ Kant, Immanuel; *Crítica del Juicio*, Nueva Biblioteca Filosófica, Madrid, 1876, § II.

⁷¹ Adorno, Theodor W.; *Teoría Estética*, Ediciones AKAL, Madrid, pp. 33, 35.

⁷² Nietzsche, Frederick; *Genealogía de la Moral*, Alianza, Madrid, 2008, III, §6.

⁷³ Potente, Candela; “El desinterés como problema ético, estético y ontológico” en *Mutatis Mutandis*, Buenos Aires, 2013, p. 89.

⁷⁴ Nietzsche, Frederick; *Estética y Teoría de las Artes*, Tecnos, Madrid, 1999, §175.

⁷⁵ Derrida, Jacques; *Death penalty, Volume I*, Geoffrey Bennington, Marc Crépon, y Thomas Dutoit, eds, University of Chicago Press., Chicago, 2014, p. 176.

⁷⁶ Dutoit, Thomas; “Kant’s retreat, Hugo’s advance, Freud’s erection; or, derrida’s displacements in his death penalty lectures” en *Southern Journal of Philosophy*, Vol. 50, 2012, p. 180.

⁷⁷ Fritsch, Matthias; “Derrida on the death penalty” en *The Southern Journal of Philosophy*, vol. 50, 2012, p. 58.

al rey, reemplaza a Dios dentro del contexto de la soberanía, por otro constructo abstracto, “el pueblo”, lo que dentro de la perspectiva deconstructivista de Derrida, le lleva a abogar por la necesidad de un nuevo discurso “hiper-ateológico”.⁷⁸

4. La pena de muerte en el Derecho actual

Pese a lo ambiguo de su redacción, la expedición del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en 1966, constituye un punto fundamental, pues en su artículo 6 se limita la imposición de la pena de muerte, se establece la posibilidad de la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena en todos los casos, se prohíbe su aplicación a menores de edad y mujeres embarazadas y finalmente, se insta a los estados partes a la abolición de la pena capital. Para entonces sólo 26 países habían abolido la pena de muerte, varios de ellos pequeños y de poca incidencia internacional. Así, por ejemplo, Venezuela eliminó de su ordenamiento jurídico la pena de muerte en 1863, así como Ecuador en 1906 y Uruguay en 1907.

Para los siglos XVIII y XIX Inglaterra, Francia y Alemania habían restringido la pena capital solamente a los delitos de asesinato y aquellos cometidos contra el Estado y en el ejército. Antes de 1966 el único país de Europa Occidental que había abolido la pena de muerte fue Alemania en 1949, mientras que Inglaterra lo hizo para el delito de asesinato en 1965, un año después de haberse practicado la última ejecución en dicho país.⁷⁹ Entre 1966 y 1988, el número de países que abolió la pena de muerte se incrementó de 26 a 52, 35 de ellos completamente y para todos los delitos y para 2008, 92 países la habían abolido completamente, esto es el 46 por ciento del total.⁸⁰

En la actualidad Estados Unidos es el único país de América que llevó a cabo ejecuciones, aunque es evidente la restricción en la aplicación de la pena de muerte en los últimos años, como lo demuestran la

decisión de la Asamblea Legislativa de Nebraska de abolir la misma, así como la moratoria de las ejecuciones anunciadas y mantenidas en estados como Pensilvania, Washington y Oregon. Otras regiones, como Asia por ejemplo, nos presentan una realidad totalmente diferente, así Pakistán superó en 2015 las 300 ejecuciones, mientras China acudió también a dicha medida en múltiples ocasiones. En este caso, no se conocen cifras exactas, pues las estadísticas sobre el uso de la pena capital sigue siendo información clasificada como secreto de Estado.⁸¹ En el caso de Oriente Medio y Norte de África, la pena de muerte continúa utilizándose ampliamente en toda la región y vale señalar que su uso se reactivó en 2015, incluso por países como Argelia, Líbano, Marruecos y Túnez que llevaban años sin realizar ejecuciones, mientras que Arabia Saudí, Irán e Irak continúan entre los países con mayor número de ejecuciones en el mundo.⁸² En la África Subsahariana, las violaciones a derechos humanos, las ejecuciones sumarias y la impunidad imperante, hace muy difícil establecer estadísticas sobre la aplicación de la pena de muerte.

En cuanto a la normativa actual, con base a la decisión Soering adoptada en 1989, en la que se establecía la prohibición a los estados europeos, de extraditar personas a países donde pudieran correr el riesgo de enfrentar una pena capital, la Convención Europea de Derechos Humanos del 2000, establece la prohibición de extradición a países donde la pena de muerte pueda ser impuesta y no solo a aquellos donde exista el denominado “corredor de la muerte”.⁸³ Aún más, el Protocolo No. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, rechaza la pena de muerte aún de manera excepcional y ha sido ratificado por los miembros del Consejo de Europa, con excepción de Turquía, constituyéndose además su aceptación, en condición para la aceptación de nuevos miembros.⁸⁴ En el ámbito americano, el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos,

⁷⁸ Derrida, Jacques; *For what tomorrow...A dialogue*. With Elisabeth Roudinesco. Trans. Jeff Fort. Stanford University Press, Stanford, 2004, p. 165.

⁷⁹ Hood, Roger; *Abolishing the Death Penalty Worldwide: The Impact of a “New Dynamic”* en *Crime and Justice*, Vol. 38, No. 1, The University of Chicago Press, Chicago, 2009, p. 5.

⁸⁰ Hood, Roger; *Abolishing the Death Penalty Worldwide: The Impact of a “New Dynamic”*... op. cit. p. 6.

⁸¹ Amnistía Internacional, *Informe 2015/2016, La Situación de los Derechos Humanos en el Mundo*, Londres, Amnistía Internacional Ltda, 2016, p. 45.

⁸² Amnistía Internacional, *Informe 2015/2016, La Situación de los Derechos Humanos en el Mundo*,... op. cit., p. 61.

⁸³ Art. 19 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000) “Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”.

⁸⁴ Schabas, William; *Extradition –death penalty- U.S. Canada Extradition Treaty- death penalty under international law* en *The American Journal of International Law*, Massachusetts, American Society of International Law, 2001, p. 671.

La reedición de la discusión de la pena de muerte en América Latina

replica el texto del artículo 6 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, estableciendo además en el numeral 3 que “no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido”.

5. ¿Es la pena de muerte retributiva o útil?

Resulta común escuchar a quienes defienden la pena de muerte, basarse en argumentos claramente retributivistas, tanto en el ámbito académico, como en el político. Esta exigencia se encuentra inserta en el clamor de “justicia”, cuando se descubre el cometimiento de un delito especialmente grave o sangriento. En principio deberemos señalar que el retribucionismo es la teoría de la pena que considera que ésta se justifica, bajo el argumento que el delincuente merece ser penado en virtud de la incorrección de su conducta.⁸⁵ Tradicionalmente y de manera especial, en la visión kantiana de la teoría, ésta se fundamenta en la denominada *lex talionis*, por la cual se aplica al delincuente el mismo castigo o conducta, que éste ha ejercido sobre la víctima. Este argumento, que podría considerarse de alguna validez, resulta claramente impresentable, cuando se trata de tipos penales como la violación, la estafa o peor aún, los denominados “delitos ambientales”. La imposibilidad de sustentar una teoría como la enunciada, en su modalidad más simple, ha hecho que varios de sus defensores, incluso el propio Kant en su momento, la replanteen e introduzcan componentes morales en la misma, también de difícil sustentación. Así se trata de establecer una equivalencia moral entre los delitos y las penas jurídicamente permisibles, lo cual implica que conducta delictiva y pena no deben necesariamente coincidir.⁸⁶ Esta teoría, denominada de la “equivalencia moral”, ha sido también defendida por Kant,⁸⁷ con lo cual se trata de salvar el obstáculo de aplicar penas torturantes y denigrantes, o simplemente imposibles a los procesados.

Esto nos enfrenta nuevamente a otro reto epistemológico, ¿por qué violar a un procesado debe considerarse denigrante, pero matarlo no? Debe señalarse

que toda respuesta que se ha intentado a estas interrogantes, han sido poco satisfactorias y que de una u otra forma nos conducen al ámbito de la venganza, más que al de la retribución. La lógica sacrificial a la que hace referencia Girard en su máxima expresión, pues en las sociedades primitivas sólo existe la venganza privada y ésta es sustituida por una venganza pública, cuando se establecen normas que definen conductas como ilícitas y se las conmina con una pena. Esta estructura sienta las bases para que posteriormente, las sociedades “civilizadas” ejerzan esta forma de venganza a través de sus sistemas judiciales, pues como bien señala Girard, “no existe, en el sistema penal, ningún principio de justicia que difiera realmente del principio de venganza. El mismo principio de la reciprocidad violenta, de la retribución interviene en ambos casos”.⁸⁸ Se escoge a una víctima y se ejerce la violencia sobre ella, de manera que su sacrificio impida que ésta se disemine sobre todos los demás integrantes de la sociedad, su eliminación o inmolación se considera necesario para la propia existencia social. Su papel en el ritual religioso y posteriormente, en el judicial, es fundamental, pues concentra en sí o más bien sobre sí, toda la violencia que se trata de contener. Es un chivo expiatorio, un Cordero de Dios como lo denomina la Biblia, una persona que debe morir o sobre la que se debe ejercer la violencia, al ser sometida a un proceso, por el bien de toda la sociedad.⁸⁹ “Vosotros no sabéis nada; ni pensáis que nos conviene que un hombre muera por el pueblo, y no que toda la nación perezca”,⁹⁰ como señalaba gráficamente Caifás, al relevar la necesidad de matar a Jesús, por el bien del pueblo judío. La relación entre la ritualidad religiosa y el poder punitivo es tan fuerte en la cultura occidental, que el símbolo más importante de la cristiandad es la de un condenado a muerte al momento de su ejecución.⁹¹

Obviamente, esta violencia siempre se ejercerá de forma prioritaria, contra los más débiles, aquellos con mayor vulnerabilidad al sistema penal, por razones socio económicas o raciales. Esto se puede apreciar con claridad en el informe de la Comisión sobre la

⁸⁵ Finkelstein, Claire; *Death and Retribution en Criminal Justice Ethics*, Springer, Holanda, 2002, p. 13.

⁸⁶ Finkelstein, Claire; *Death and Retribution en Criminal Justice Ethics...* op. cit., p. 14.

⁸⁷ Kant, Immanuel; *Metafísica de las Costumbres...* op. cit. pp. 155-156.

⁸⁸ Girard, René; *La Violencia y lo Sagrado...* op. cit., p. 23.

⁸⁹ girard, rené; *El Chivo Expiatorio*, Anagrama, Barcelona, 2002, p. 162.

⁹⁰ Juan 11: 49-50.

⁹¹ García Falconí, Ramiro y Melissa Larenas CorteZ; “Los albores del Derecho penal, la regulación del poder punitivo en los códigos sumerios, acadios y semitas”... op. cit., p. 71.

Pena Capital,⁹² en el que se aprecia que consideraciones como raza o lugar de domicilio, jugaron un rol principal en la imposición de la sentencia. De igual forma, debe tomarse en cuenta el índice de falibilidad en las sentencias de muerte, pues al 2000 se calculaba que sólo en Estados Unidos se había ejecutado erróneamente a al menos 16 personas.⁹³

6. Conclusión

Desde la misma perspectiva retributivista, las críticas a la pena de muerte se enfilan por varios derroteros. Por una parte, como se señaló anteriormente, el componente racista y discriminatorio inherente a las sentencias condenatorias, así como la imposibilidad de corrección de las sentencias de muerte erróneas. De igual forma, se señala, y con razón, que ofende a la dignidad humana, entendida ésta como el alto estatus moral que toda persona posee por virtud de su sola existencia y que con relación a la pena, se define como el valor inherente a la persona, en virtud de la capacidad humana de actuar con autonomía y razón.⁹⁴ La dignidad humana guía el qué penar, el por qué penar y el cómo aplicar la pena. En este último ámbito, la pena de muerte parte de las mismas bases de la tortura, no sólo por el tiempo que normalmente el condenado debe pasar en el denominado “corredor de la muerte”, a sabiendas día a día que se acerca a su final, si no sobre todo por la violencia que ambas implican.

En cuanto a la capacidad de la pena de muerte, de “detener” el cometimiento de delitos, no existe un solo estudio que demuestre de manera concluyente que esto funciona así. De hecho la comparación de los índices de asesinatos, antes y después de la ejecución de un procesado por dicho delito, no muestra variación alguna.⁹⁵ Esto contradice toda lógica utilitarista de la pena de muerte, que ni produce “felicidad” desde la lógica behmtaniana, ni reduce los índices de comisión de delitos. La pena de muerte se convierte así, como ya se señaló anteriormente, en una simple manifestación de la violencia penal, la venganza y su lógica sacrificial.

7. Bibliografía

- Bedau, Hugo Adam; “Bentham’s Utilitarian Critique of the Death Penalty” en *Journal of Criminal Law and Criminology* 1033, 1983.
- Adorno, Theodor W.; *Teoría Estética*, Ediciones AKAL, Madrid, 2004.
- Amnistía Internacional, *Informe 2015/2016, La Situación de los Derechos Humanos en el Mundo*, Londres, Amnistía Internacional Ltda, 2016.
- Bailey, William C. y Ruth Peterson; “Murder, Capital Punishment, and Deterrence: a Review of the Evidence and Examination of Police Killings” en *Journal of Social Issues*, Cleveland State University, Sociology & Criminology Faculty Publications, 1994.
- Beccaria, Cesare; *Tratado de los delitos y de las penas*, Joachin Ibarra, Madrid, 1774.
- Bentham, Jeremy; *Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, Athlone Press, Londres, 1970.
- Bentham, Jeremy; *The Works of Jeremy Bentham*, Bowring, Londres, 1843.
- Biblia, Éxodo 21:12; Levítico 24:17; Números 35: 16-21, Números 35: 16-21, 35: 29-34, Deuteronomio 19: 16-21; Éxodo 20: 3-5; Levítico 20: 1-5; Números 25: 1-9; Deuteronomio 13: 19.02; Deuteronomio 17: 2-7; 1 Reyes 15: 11- 13; 2 Reyes 10: 18-28; Éxodo 21:16; Deuteronomio 24: 7; Éxodo 22:19; Levítico 20: 11-17; Deuteronomio 22: 23 al 27; Levítico 20: 10-12; Deuteronomio 22:22; Levítico 21: 9; Deuteronomio 22: 20-21, Deuteronomio 22: 20-21, 22: 23-24; Deuteronomio 13: 1-5; Deuteronomio 18: 20-22; 1 Reyes 22: 19-28; Jeremías 26: 9, Jeremías 26: 9, 26: 15-16; Jeremías 28: 5-9; Éxodo 22:18; Levítico 19:26, Levítico 19:26; Levítico 20: 6, Levítico 20: 6, 20:27.
- Blecker, Robert; “Ancient Greece’s Death Penalty Dilemma and its Influence on Modern Society” en *USA Today Magazine*, 2006.
- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), *Art. 19*.

⁹² Comm’n On Capital Punishment, http://www.idoc.state.il.us/ccp/ccp/reports/commission_report/chapter_01.pdf.

⁹³ Grassroots Investigation Project, Equal Justice USA, reasonable doubts: Is the U.S. Executing innocent people? en <http://www.quixote.org/ej/grip/reasonabledoubt/reasonabledoubt.pdf>.

⁹⁴ Markel, Dan; State, “Be Not Proud: a Retributivist Defense of the Commutation of Death Row and the Abolition of the Death Penalty” en *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Cambridge, Harvard University Press, 2005, p. 465.

⁹⁵ Bailey, William C. y Ruth Peterson; “Murder, Capital Punishment, and Deterrence: a Review of the Evidence and a Examination of Police Killings” en *Journal of Social Issues*, Cleveland State University, Sociology & Criminology Faculty Publications, 1994, p. 65.

La reedición de la discusión de la pena de muerte en América Latina

- Cartas de San Agustín en Nicene y post-Nicene padres*, vol.1, Carta 47 (5), 292-294.
- Cartas de San Agustín, ed. Parsons, vol. 3, Carta 134, 9-12; Vol. 3, Carta 153, 281-303.
- Cavallero, Constanza; *¿Brujas satánicas o príncipes pecadores? Fundamentos "políticos" del escepticismo demonológico en la temprana Modernidad*.
- Código de Lipit-Ištar, § 6; § 7, § 22.
- Código de Ur-Nammu § 1, § 2, § 6.
- Comm'n on capital punishment, http://www.idoc.state.il.us/ccp/ccp/reports/commission_report/chapter_01.pdf.
- Derrida, Jaques; *Death penalti, Volume I*, Geoffrey Bennington, Marc Crépon, y Thomas Dutoit, eds, University of Chicago Press., Chicago, 2014.
- Derrida, Jaques; *For what tomorrow...A dialogue*. With Elisabeth Roudinesco. Trans. Jeff Fort. Stanford University Press, Stanford, 2004.
- Diccionario de la Lengua Española, RAE, 23.a edición, 2014.
- Dutoit, Thomas; "Kant's retreat, Hugo's advance, Freud's erection; or, derrida's displacements in his death penalty lectures" en *Southern Journal of Philosophy*, Vol. 50, 2012.
- Finkelstein, Claire; "Death and Retribution" en *Criminal Justice Ethics*, Springer, Holanda, 2002.
- Fritsch, Matthias; "Derrida on the death penalty" en *The Southern Journal of Philosophy*, vol. 50, 2012.
- García Falconí, Ramiro y Melissa Larenas Cortez; "Los albores del Derecho penal, la regulación del poder punitivo en los códigos sumerios, acadios y semitas" en *Revista Derecho Penal y Criminología* Vol. 38, No. 102, enero-junio de 2016, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- García Falconí, Ramiro; "Informe sobre la Aplicación del Concepto de Terrorismo en el Ecuador" en *Terrorismo y derecho penal Kai Ambos*, Ezequiel Malarino, ed., Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2015.
- Gaudemet, Jean; *Les naissances du droit*, Montchrestien, París, 2006.
- Girard, René; *El Chivo Expiatorio*, Anagrama, Barcelona, 2002.
- Girard, René; *La Violencia y lo Sagrado*, Anagrama, Barcelona, 2005.
- Goldstein, Mateo; *Derecho Hebrero, a través de la Biblia y el Talmud*, Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1947.
- Granger Cook, John; "Roman Crucifixions: From the Second Punic War to Constantine" en *Zeitschrift für die Neutestamentliche Wissenschaft und die Kunde der Älteren Kirche*, De Gruyter, 2013.
- Hood, Roger; "Abolishing the Death Penalty Worldwide: The Impact of a 'New Dynamic'" en *Crime and Justice*, Vol. 38, No. 1, The University of Chicago Press, Chicago, 2009.
- Jones, Peter; "Ancient and Modern Rome's death penalty" en *The Spectator*, agosto 3, 2011.
- Kant, Immanuel; *Crítica del Juicio*, Nueva Biblioteca Filosófica, Madrid, 1876.
- Kant, Immanuel; *La Metafísica de las Costumbres*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.
- Markel, Dan; State, "Be Not Proud: A Retributivist Defense of the Commutation of Death Row and the Abolition of the Death Penalty" en *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Cambridge, Harvard University Press, 2005.
- Molodell, Juan Luis; "El Delito de Terrorismo en el Ordenamiento Jurídico Venezolano" en *Terrorismo y Derecho penal Kai Ambos*, Ezequiel Malarino, ed., Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2005.
- Mommsen, Theodoro; *Derecho penal romano*, TEMIS, Bogotá, 1999.
- Moro, Tomás; *Utopía*, 1516.
- Nicholas, Barry; *An Introduction to Roman Law*, Clarendon Press, 1976.
- Nietzsche, Frederick; *Estética y Teoría de las Artes*, Tecnos, Madrid, 1999.
- Nietzsche, Frederick; *Genealogía de la Moral*, Alianza, Madrid, 2008.
- Potente, Candela; "El desinterés como problema ético, estético y ontológico" en *Mutatis Mutandis*, Buenos Aires, 2013.
- Rassroots investigation project, equal justice usa, reasonable doubts: is the u.S. Executing innocent people? En <http://www.quixote.org/ej/grip/reasonabledoubt/reasonabledoubt.pdf>.
- Roth, Michel P.; *Crime and Punishment, A History of the Criminal Justice System*, Wadsworth, Belmont, 2010.
- Rowland, Ingrid D.; "What Giordano Bruno left behind" en *Common Knowledge*, Duke University Press, 2008.
- Rüpke, Jörg; "You Shall Not kill. Hierarchies of Norms in Ancient Rome" en *Numen*, Vol. 39, Fsc. 1, Brill, Leiden, 1992.

- San Agustín; *De Ordine en The Fathers of the Church, Vol. I*, CIMA Publishing, Nueva York.
- San Agustín; *Saint Augustine's Letters*, Letter 153, Parson ed.
- Santo Tomás de Aquino; *De Malo*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1995.
- Santo Tomás de Aquino; *Suma Teológica*, IIa-IIae. q.64.a.2.3.
- Schabas, William; "Extradition –death penalty- U.S. Canada Extradition Treaty- death penalty under international law" en *The American Journal of International Law*, Massachusetts, American Society of International Law, 2001.
- Thompson, Phillip M.; "Augustine and the Death Penalty: Justice as the Balance of Mercy and Judgement" en *Augustinian Studies, Vol. 40, Issue 2*, 2009.
- Thureau-Dangin, Francois.; *Les Inscriptions de Sumer et d' Akkad*, Leroux, Paris, 1905.
- Wolter, Hans; "Herejía e inquisición en el siglo XII" en *Manual de historia de la iglesia*, Barcelona, 1986.



El Derecho penal del enemigo: una tendencia imparable de la política criminal mexicana¹



Joaquín Merino Herrera

*Doctor en Derecho. Universidad
Complutense de Madrid*

RESUMEN: *El cambio que hemos venido experimentando en materia de justicia penal contrasta con el estancamiento, o quizás involución, que caracteriza a nuestro sistema penal. No son pocos los casos que permiten constatar una preocupante expansión de la extralimitación, inclusive es posible establecer que el Derecho penal del enemigo representa una línea político-criminal cada vez más fortalecida en la realidad mexicana. El discurso garantista que, por fortuna, llevó a la unificación legislativa en diversos sectores de persecución penal, ahora más que nunca pone en evidencia la insostenible situación del desorganizado Derecho penal mexicano, pero también la fragilidad de nuestra concepción sobre el Estado de Derecho al momento de afrontar el crónico problema de criminalidad que sufrimos los mexicanos. El exclusivismo en la estrategia de prevención del delito, motivado en buena medida por el pragmatismo y un trillado afán de protagonismo político, nos ha ido alejando de los principios capitales que hemos plasmado en la Constitución general y que, en todo caso, se inspiran en el sentido y alcances del concepto de dignidad humana. De nada sirve optar por la renuncia al Estado de Derecho a través de la arbitrariedad que se recoge en textos legales como la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, si tenemos profundas carencias que ni siquiera permiten dar efectivo cumplimiento a estos mecanismos de extrema violencia regulados; empezando por el grave problema de la corrupción que sufre nuestro país.*

PALABRAS CLAVE: *Derecho penal del enemigo, Derecho procesal penal del enemigo, Derecho de excepción, Derecho penal del ciudadano, delincuencia organizada, organización criminal, política criminal y funcionalismo jurídico penal.*

¹ Esta propuesta forma parte de una serie de actividades de investigación que desarrollé en 2015 como profesor investigador del Inacipe.

El Derecho penal del enemigo: una tendencia imparabla de la política criminal mexicana

ABSTRACT: *The change we have been experiencing in the area of criminal justice contrasts with the stagnation, or perhaps involution, that characterizes our penal system. There are more than a few cases that allow us to verify a worrying expansion of overreaching, it is even possible to establish that the criminal law of the enemy represents a political-criminal line increasingly strengthened in the Mexican reality. The guaranteeing speech that fortunately led to the unification of legislation in various areas of criminal prosecution, now more than ever reveals the unsustainable situation of disorganized Mexican criminal law, but also the fragility of our conception of the rule of law when we confront the chronic crime problem that Mexicans suffer: Exclusivism in the crime prevention strategy, motivated largely by pragmatism and a thorny desire for political protagonism, has led us away from the capital principles that we have embodied in the General Constitution and which, in any case, it is inspired by the meaning and scope of the concept of human dignity. It is useless to opt for the renunciation of the rule of law through the arbitrariness that is contained in legal texts such as the Federal Law Against Organized Crime, if we have deep deficiencies that do not even allow effective enforcement of these mechanisms of extreme violence regulated; starting with the serious problem of corruption that our country suffers.*

KEY WORDS: *Criminal law of the enemy, criminal procedural law of the enemy, right of exception, criminal law of the citizen, organized crime, criminal organization, criminal policy and criminal legal functionalism.*

SUMARIO: *1. La base teórica del Derecho penal del enemigo; 1.1. El enfoque inicial, 1.2. El amoldamiento del bien jurídico; 1.2.1. Fundamento de la punición del delito de “pertenencia” a una organización criminal, 1.2.2. Ilegitimidad de la injerencia penal sobre los actos de “fundación” o “creación” de organizaciones criminales, 1.3. El Derecho penal del enemigo: la descripción de una línea político-criminal. 2. Un claro reflejo de esta línea político-criminal en la realidad mexicana; 2.1. La constitucionalización del Derecho de excepción; 3.2. Aspectos críticos del Derecho penal del enemigo; 2.3. La vuelta a la extralimitación; 2.4. Aspectos críticos del Derecho penal militar.*

Rec: 15-12-2016 | **Fav:** 30-01-2017 | **Código ORCID:** orcid.org/0000-0001-9602-5031

Cada vez es más fácil constatar que los supuestos de regulación que conducen a emplear la expresión “Derecho penal del enemigo” no se presentan de forma aislada en el interminable y desorganizado sistema penal mexicano. En este sentido, parto de la idea de que cualquier rasgo de extralimitación que pueda mostrar la creación legislativa constituye una expresión del Derecho penal del enemigo, y ello, con independencia de que en algunos sectores delictivos este esquema de represión penal se intensifique.² Lo anterior puede explicarse con nitidez si se tiene en cuenta que el indicador de la existencia del Derecho penal del enemigo no es otro que el modelo garantista, esto es, el Derecho penal del ciudadano, pues,

si se rebasan sus límites, se entra en el terreno del Derecho penal del enemigo como primer paso hacia la propagación de la arbitrariedad, arbitrariedad que no deja de serlo por el hecho de manifestarse en menor grado. Cuestión distinta es que, como dije, el Derecho penal del enemigo aparezca con mayor contundencia sobre determinados delitos. De hecho, si seguimos a Jakobs desde sus primeros planteamientos, podremos concluir que la esencia de las cosas se halla en la vulneración que sufren los principios informadores del Derecho penal con motivo de ciertas fórmulas legales, y en esta medida el autor alemán ha destacado el sacrificio de los principios del hecho, de ofensividad, de culpabilidad y de proporcionalidad,

² Como ocurre con la represión penal de la delincuencia organizada en general, del terrorismo, de los delitos contra la salud, de las operaciones con recursos de procedencia ilícita, de los delitos de secuestro, de las conductas que configuran la trata de personas, etcétera.

lo cual no desplaza que el Derecho penal del enemigo también pueda configurarse cuando se trastoca, por ejemplo, el principio de legalidad y otros tantos criterios que sirven para proteger al gobernado ante la intervención penal. Por lo tanto, no creo que la atención solamente deba centrarse en los ámbitos criminales más representativos de esta tendencia —*v. gr.* delincuencia organizada en general, secuestro, trata de personas, delitos contra la salud, lavado de dinero, terrorismo, entre otros—, sino en toda descripción típica o estrategia de persecución penal que implique la transgresión, por mínima que parezca, de los límites del *uis puniendi*.

La realidad legislativa mexicana representa un escenario propicio para plantear este enfoque de análisis. Por ejemplo, no es difícil encontrar en los diversos textos punitivos y leyes especiales supuestos de equiparación de los grados de autoría y participación,³ de tentativa inidónea o de imposible realización,⁴ de incriminación del ejercicio de la libertad,⁵ así como regulaciones que se amoldan a lo que la doctrina penal denomina Derecho penal de autor,⁶ pero no sólo a causa de la utilización de expresiones como la de peligrosidad,⁷ sino también por cuestiones que tienen que ver con la estructura de los tipos penales,⁸ siendo que no es infrecuente que en ellos se relajen las garantías de imputación, esto es, que se trastocan los límites al *ius puniendi* en materia penal. Esto, que se describe en pocas palabras, se presenta en gran variedad de

casos, que forman parte de un inacabable catálogo de extralimitaciones y que, en consecuencia, se acompañan de la intensificación del rigor punitivo, implica una contaminación incontrolable que parece que tiende a la expansión.

Precisamente una de las propuestas que ha hecho Jakobs, en virtud de su base teórica del Derecho penal del enemigo, radica en evitar que esta propagación se siga dando en los textos punitivos, para lo cual plantea, antes que suprimir este Derecho penal arbitrario, ubicarlo en un texto específico con el objeto de garantizar su control.⁹

Esa propuesta de condensación, sin embargo, deber ser rechazada. Porque no tiene acomodo en un sistema democrático, pero es que, además, ni siquiera resulta funcional. Basta con hacer una revisión de la realidad mexicana para corroborar que la ubicación en textos específicos de la excepcionalidad solamente ha fomentado la voracidad criminalizadora que se rige, o por lo menos ese es el discurso político, por la idea de que con la medida penal y el incremento del rigor punitivo se contribuye a resolver los graves problemas de criminalidad que sufre la sociedad mexicana. Ciertamente, en nuestro caso la creación de esas regulaciones especiales ha tenido un efecto negativo, puesto que, lejos de que se orienten a mantener el control del Derecho penal del enemigo y a evitar su dispersión, han favorecido dicha propagación y con ello la construcción de ámbitos jurídicos en los que

³ *Id.*, por ejemplo, el artículo 16 del Código Penal para el Estado de Querétaro.

⁴ Ello puede observarse en los artículos 14 y 103 del Código Penal para el Estado de Hidalgo; en el artículo 19 del Código penal del Estado de Guanajuato, y en el artículo 15 del Código Penal para el Estado de Querétaro.

⁵ Como ocurre con la sanción penal del adulterio que todavía prevé el artículo 182 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco.

⁶ Un ejemplo de ello lo encontramos en el etiquetamiento que se hace a través del artículo 374 del Código Penal para el Estado de Chiapas, según el cual, “mostrar tatuajes” sería un instrumento para la comisión de uno de los delitos de pandillerismo que integra.

⁷ En este sentido, *vid* el último párrafo del artículo 72 del Código Penal para el Distrito Federal que, de hecho, ha sido calificado como una manifestación característica del Derecho penal de autor (*vid.* Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis I.9.P.J/7 (10^a), Jurisprudencia (constitucional, penal), Décima Época, Semanario Judicial de la Federación, Libro XX, Mayo de 2013, pág. 649). A estos efectos, también cabe considerar expresiones como la de “peligrosidad del autor” que recogen supuestos como el del tercer párrafo del artículo 66 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco. Es igual de ilustrativa de esta tendencia, la previsión de la tan arraigada en nuestra cultura jurídica figura de la reincidencia que muestran los artículos 70 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca; artículo 33 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave, y los artículos 20, 21 y 22 del Código Penal federal.

⁸ Son gráficos sobre esta tendencia, los artículos 141 y 142 del Código Penal federal, pues resulta que, conforme a ellos, puede incitarse, invitarse o instigarse para conspirar. Pero resulta todavía más difícil de entender la combinación del artículo 142, en relación con el artículo 141, con la fracción II del artículo 139 del Código Penal federal, porque de ello deriva que se podría instigar, invitar o incitar para conspirar con el objeto de que se acuerde un acto terrorista. Ni que decir tiene de la expansión de los actos preparatorios a la comisión del delito que se produjo con la inserción del artículo 2 Bis. en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, porque ahora se sancionarán los actos preparatorios para la comisión de los delitos que quedan previstos en el extenso catálogo que recoge el artículo 2° de dicha ley especial federal.

⁹ Cfr. Jakobs, G., “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2006, pp. 24, 55, 62 y 63; mismo autor, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, *Estudios de Derecho penal*, traducido por Peñaranda Ramos, E. / Suárez González, C. / Cancio Meliá, M, Civitas, Madrid, 1997, pp. 322 y 323.

El Derecho penal del enemigo: una tendencia imparable de la política criminal mexicana

nuestro andamiaje constitucional en materia de derechos humanos se convierte en una promesa vacía.¹⁰ Ahora, sobre todo a raíz de la reforma constitucional de 2008 en materia de seguridad y justicia¹¹ y de la no menos importante sobre los derechos humanos de 2011,¹² no parece tan sencillo —por lo menos no en el Derecho postulado— avalar la arbitrariedad, aunque si por algo se ha caracterizado nuestro régimen constitucional es por su contenido bipolar.

Los referentes a partir de los cuales se ha pretendido fundar este desbordamiento de las pasiones en el escenario legislativo se hallan en los artículos 16, 18, 19, 20, 22 y en la fracción XXI del artículo 73, todos ellos de la norma fundamental; no obstante, de esto me ocuparé más adelante. Por el momento considero conveniente recordar en qué consiste el Derecho penal del enemigo.

1. La base teórica del Derecho penal del enemigo

1.1. El enfoque inicial

La primera vez que Jakobs empleó la expresión “Derecho penal del enemigo” fue en la década de los años ochenta para dar nombre a ciertos rasgos que venía mostrando el sistema penal alemán. Este autor hacía un planteamiento más descriptivo que crítico, si bien en su exposición evidenciaba que existían diversas fórmulas legales del ordenamiento penal alemán que sancionaban conductas ejecutadas en estadios tan previos que, como mínimo, eran vulneratorias de los principios del hecho y de ofensividad.¹³ Dicho análisis se fraccionaba en dos secciones; en una primera parte

abordaba diferentes aspectos de la Parte General, para encargarse en una segunda fase de otros supuestos de la Parte Especial. En este marco de estudio, entre otras cosas, identificaba preceptos con los que se criminalizaban ciertos actos preparatorios que habilitaban al Estado para tener injerencia en la esfera privada de las personas, algunos supuestos de tentativa de participación, así como otros delitos contra la seguridad del Estado, dentro de los que figuraba la constitución o creación de asociaciones criminales o terroristas.¹⁴

Tiene relevancia señalar que los planteamientos de Jakobs eran más descriptivos que críticos, dado que, desde aquel momento, ya sostenía que el Estado no podía limitarse por las ataduras del Estado de Derecho para hacer frente a determinados sectores delictivos.¹⁵ Lo que en principio no era más que la reproducción en papel de una conferencia pronunciada en el marco de un congreso de penalistas celebrado en Frankfurt en mayo de 1985, fue evolucionando hasta convertirse en una base teórica a la que, como mucho, se le puede dar el mérito de haber incorporado al lenguaje jurídico-penal una expresión que sirve para dar nombre a aquellas medidas de carácter penal, pero también procesales —de hecho Jakobs habla de un Derecho procesal penal del enemigo—, que vulneran los presupuestos del Estado de Derecho.¹⁶ Más concretamente: el concepto de Derecho penal del enemigo —y su correlato en el Derecho procesal penal— se asigna a un conjunto de medidas de intervención penal que permiten constatar la existencia de una línea político-criminal orientada a neutralizar la “peligrosidad del autor” y a evitar la posible comisión futura de ciertos delitos, es decir, una línea político-

¹⁰ En efecto, a una basta lista de supuestos de difícil acomodo en el Estado de Derecho que recoge el Código Penal Federal se suman, por ejemplo, la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, y la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

¹¹ *Vid.* Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación* de 18 de junio de 2008.

¹² *Vid.* Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario oficial de la Federación* de 10 de junio de 2011.

¹³ Cfr. Jakobs, G., “Criminalización...”, cit., pp. 293 y ss.

¹⁴ Cfr., por ejemplo, Jakobs, G., “Criminalización...”, cit., pp. 294, 298, 299, 304 y 305.

¹⁵ Cfr. Jakobs, G., “Criminalización...”, cit., pp. 322 y 323.

¹⁶ Atribuyen méritos a Jakobs en este sentido, por ejemplo, Polaino Navarrete, M./Polaino-Orts, M., “Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos”, p. 630; Neumann, U., “Derecho penal del enemigo”, pág. 394; Schönemann, B., “¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insostenibles tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insostenible desantención teórica”, p. 975; Terradillos Basoco, J. M., “Una convivencia cómplice. En torno a la construcción teórica del denominado ‘Derecho penal del enemigo’”, p. 1012; Gómez-Jara Díez, C., “Normatividad del ciudadano *versus* facticidad del enemigo: sobre la necesaria orientación de la normativización jurídico-penal”, p. 980; Feijoo Sánchez, B., “El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho”, p. 802. Todos estas contribuciones pueden verse en AA. VV., en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vols. I y II, coordinado por Cancio Meliá / Gómez-Jara Díez, EDISOFER/EUROS EDITORES/BDF LTDA., Buenos Aires, 2006.

criminal enfocada en objetivos preventivos.¹⁷ Precisamente el afán de eliminar peligros en fases muy tempranas de actuación conlleva el sacrificio de los principios político-criminales —principio del hecho, principio de ofensividad, culpabilidad y proporcionalidad—, puesto que en esta medida la estrategia legislativa y policial se encamina a la anulación de toda manifestación del autor, identificado como fuente de peligro, respecto de la cual pueda presumirse una mera planificación todavía inocua, y por eso no es extraño que dichas anticipaciones se traduzcan en irrupciones en el ámbito privado de las personas. Como refiere Jakobs, esto es útil para la protección de bienes jurídicos, pero por esta protección la persona tiene que ceder una parte de su esfera interna. Una disminución semejante del sujeto pertenece a un Derecho penal de índole peculiar que se diferencia nítidamente del Derecho penal del ciudadano: el Derecho penal del enemigo optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal del ciudadano optimiza las esferas de libertad.¹⁸

Ahora bien, si nos atenemos a los trabajos que este penalista alemán ha desarrollado sobre la cuestión, constataremos que su relato se suma al de otros tantos penalistas que han dado la voz de alarma sobre las anomalías legislativas de carácter penal que tienen incidencia en los derechos humanos. Por eso no le falta razón a Jakobs cuando se autodenomina mensajero,¹⁹ sin embargo, un mensajero que no se concreta a describir y a ofrecer, con la reconocida solvencia científica que lo caracteriza, las soluciones dogmáticas que podrían contribuir a limpiar esta contaminación del Derecho penal, sino que, tras reconocer que en realidad se trata de medidas penales que dinamitan el Estado de Derecho, prescribe su aplicación en aquellos sectores criminales en los que detecta especial gravedad.

1.2. El amoldamiento del bien jurídico

La afirmación de que Jakobs ya avalaba la aplicación de esta clase de medidas desde ese primer trabajo sobre el Derecho penal del enemigo, puede sustentarse

en el hecho de que, lejos de proponer la supresión de las mismas, hacía recomendaciones de técnica jurídica que permitieran dar aparente cumplimiento al principio del hecho y, por ende, al principio de ofensividad.²⁰ Se puede decir que sus planteamientos se orientaban a maquillar o a retocar la norma a través de la reconstrucción del bien jurídico para conseguir que el hecho le generara una afectación, por cuanto en algún supuesto proponía, por ejemplo, la reconsideración del bien jurídico, de modo que lo que no podía ser criminalizado en calidad de acto preparatorio de lesión de determinados bienes jurídicos, debía reconducirse no en la descripción típica sino en el bien jurídico que ésta estaba llamada a proteger.

El punto era crear un nuevo bien jurídico que se situara antes del establecido, y así adelantar formalmente la barrera para provocar la afectación. Dicho en otras palabras: si bien el comportamiento delictivo no se podía adelantar discrecionalmente a la lesión de un bien jurídico, resultaba posible anticipar la propia lesión del objeto de protección. Decía que no se trataba de diluir el ataque al objeto de protección de la lesión a la puesta en peligro, sino de un fraccionamiento del bien jurídico, de modo que se pudiera fragmentar el injusto correspondiente al estadio de la lesión en diversos injustos parciales y, desechando la acumulación de estos injustos parciales, determinar el injusto del hecho en función de las divisiones del injusto generadas con anticipación. Ello tendría aplicación en el bien jurídico paz pública, que podría aparecer como una vertiente del bien jurídico integridad del orden y seguridad pública y ser empleada en la regulación destinada a las asociaciones criminales y terroristas.²¹ En definitiva, el objetivo era asignar a la conducta un bien jurídico que permitiera configurar una perturbación externa y que, además, su afectación sirviera de barrera protectora al de la norma principal, esto es, al que debía ser salvaguardado con barreras previas.

A mi juicio, la piedra angular de la cuestión no deriva en crear bienes jurídicos situados en los flancos de otros que puedan tener mayor relevancia, esto es, objetos de protección que pueden salvaguardarse

¹⁷ Pedreira González, F. M./Merino Herrera, J., “EL 'Derecho penal del enemigo' como método de lucha contra el narcotráfico”, en *Derecho penal mínimo*, núm. 10, octubre de 2012, p. 4.

¹⁸ Jakobs, G., “Criminalización...”, cit., p. 298.

¹⁹ Jakobs, G., “Derecho penal del ciudadano...”, cit., p. 17.

²⁰ Cfr. Jakobs, G., “Criminalización...”, cit., pp. 313 y ss.

²¹ Cfr. Jakobs, G., “Criminalización...”, cit., pp. 313 y ss.

El Derecho penal del enemigo: una tendencia imparable de la política criminal mexicana

a través de la confección legislativa de afectaciones anticipadas, pues queda claro que por esta lógica se rigen ámbitos delictivos tan representativos como los delitos socioeconómicos. Ese es el caso del tipo penal de operaciones con recursos de procedencia ilícita que, en principio, estaría llamado a proteger lo que se identifica como “licitud de los bienes en el tráfico financiero y economía legal”,²² bien jurídico que sirve como barrera de contención para evitar afectaciones al orden económico en sentido amplio, o si se quiere, a lo que se denomina orden socioeconómico. Aquí la esencia de las cosas no se halla en la existencia del objeto de protección, sino en las conductas que el legislador identifica como lesivas o peligrosas para éste, sin pasar por alto que en el supuesto de que, efectivamente, se pudiera producir dicha afectación a la “licitud de los bienes en el tráfico financiero y economía legal”, no parece tan claro cuál es el grado de la misma. De hecho, si se es riguroso con las expectativas del Estado de Derecho, ello podría entrar en pugna con el principio de estricta protección del bien jurídico y, muy probablemente, con la subsidiariedad que, junto con la fragmentariedad, da cuerpo al principio de mínima intervención. Si esto es así, entonces no hay duda de que el principio de proporcionalidad es sacrificado, lo que de forma gráfica puedo explicar a partir de un efecto dominó, porque entiendo que cualquier transgresión al principio de legalidad, al principio del hecho, al principio de ofensividad, al principio de culpabilidad y a otras tantas máximas que deben impregnar a la norma penal en los esquemas democráticos, en todo caso, trastocará el principio de proporcionalidad, convirtiéndose cualquier manifestación de esta naturaleza en un rasgo típico del Derecho penal del enemigo. El Derecho penal del enemigo representa, en efecto, toda anomalía que, desde la perspectiva del Estado de Derecho, se traduzca en extralimitación o abra la puerta para ello.

Es obvio que la construcción legislativa en el ámbito penal debe soportarse en la existencia previa de un bien jurídico y que, además, se constata que existen comportamientos que al desarrollarse puedan le-

sionar o poner en peligro ese bien jurídico, pero no bastaría con ello, pues todavía faltaría verificar que la cuestión puede solventarse a través del principio de mínima intervención. Estos y otros aspectos sirven para evitar la arbitrariedad en el empleo del Derecho penal, y es que si no es posible definir el bien jurídico, está claro que la conducta no debería ser inculpada, lo que se extiende al hecho de que, pese a existir un interés o valor, la conducta sea inocua. Ahora bien, de tomarse la decisión de imprimir rigor penal, debe agotarse ese complemento de la comprobación de la actividad potencialmente lesiva al objeto de protección bien determinado, lo que en este contexto debe reiterarse, porque lo que de origen no es verificable, después no debe ser manipulado, porque entonces el destinatario de la norma queda a expensas del legislador. Se podrá decir que siempre se corre el riesgo de que surjan fallos de origen que requieran ajustes, sin embargo ello no está reñido con la posibilidad de que, para intereses de dudosa legitimidad, se pretenda maquillar algo que de raíz no tenía acomodo en el Derecho penal.

1.2.1. Fundamento de la punición del delito de “pertenencia” a una organización criminal

Si nos enfocamos en la propuesta de Jakobs sobre la paz pública como bien jurídico —en su variante de integridad del orden y seguridad públicos²³—, en principio, no cabe objetar que dicho bien jurídico de interés colectivo puede ponerse en peligro a causa de la existencia de organizaciones criminales, y ello, aunque sólo sea porque se trata de un grupo de personas que, de forma organizada, objetivamente muestran la intención de trascender al tiempo en la comisión de delitos que, por lo general, son de especial gravedad.²⁴ Es precisamente el fin delictivo perseguido por un grupo de personas lo que hace que la unión entre ellas adquiera el carácter de organización criminal. Pero no basta con eso, sino que, además, será imprescindible que la pretensión delictiva y logística de sus miembros pueda desarrollarse en el marco de un

²² En este sentido, Martínez-Buján, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 499. Es similar la propuesta de Palma Herrera, J. M., *Los delitos de blanqueo de capitales*, EDESA, Madrid, 2000, pp. 277 y ss, que se refiere al “tráfico lícito de bienes”, aunque entiende que se trata de un tipo penal pluriofensivo, puesto que también afectaría a la “administración de justicia”. También destaca ese carácter pluriofensivo Ortiz Dorantes, A., *El delito de lavado de dinero*, Porrúa, México, 2011, pp. 88 y ss.

²³ Cfr. Jakobs, G., “Criminalización...”, cit., p. 314.

²⁴ 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.

aparato idóneo dados los objetivos propuestos. Solamente así se puede hablar de un organismo criminal como el que define el artículo 2° de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, cuyos componentes formales no podrían configurarse si no es con la comprobación de elementos materiales acreditativos de la conducta incriminada en términos del artículo 4° de esta misma ley especial. Ciertamente, se reprocha la intención de formar parte de una estructura diseñada para cometer delitos de manera continuada e indeterminada, que será atribuida a sus autores siempre que existan presupuestos probatorios a través de los cuales se pueda constatar la exteriorización de dicha pretensión delictiva, y no a partir de los meros pensamientos; más bien ambos deben ser objeto de valoración simultáneamente.

En particular, conforme a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la pretensión delictiva debe ir impregnada de un elemento subjetivo específico consistente en contribuir, con plena adhesión y disponibilidad al programa delictivo del grupo, a la comisión de determinados delitos, esto es, delitos que se precisan limitativamente, lo que se traduce en que la acción de integrarse a la organización criminal se rige por un sistema de *numerus clausus*, puesto que sólo se podrá atribuir la condición de “miembro de la delincuencia organizada” si la estructura de la que se

forma parte se orienta a la realización —si tiene como fin o resultado— de las conductas delictivas, fin que se recogen en el catálogo del artículo 2° de esta ley especial.²⁵ Se requiere, de igual forma, que la asociación se conforme de por lo menos tres personas y que se constate, más allá de una finalidad, una pertenencia a ésta de facto,²⁶ es decir, que se materialice la integración, de lo que se extrae que “pertener” se satura con el acto instantáneo y personal de imbricarse en un aparato simbióticamente articulado, pero también que dicha actividad delictiva, que es de carácter permanente o continuo, solamente podrá imputarse a título de autoría directa o material,²⁷ sin que para ello sea necesario que el integrante participe en la ejecución de los delitos que motivan la estrategia criminal. Expresado en otros términos: al miembro de la delincuencia organizada se le sancionará con independencia de que se cometan o no las acciones típicas que estimulan la existencia de la organización.²⁸ De este modo, se incrimina por la vía del peligro abstracto a cada miembro del grupo, por el mero hecho de que se constate una planificación conjunta que trasciende al tiempo, que va más allá de actividades puntuales y que objetivamente se orienta a perpetrar delitos de forma indefinida. En este caso, se mantiene el criterio de que la “seguridad pública” es puesta en peligro.²⁹

²⁵ Cfr. Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis II.2o.P/J/26, Jurisprudencia, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVI, agosto de 2007, p. 1223.

²⁶ Cfr. Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis II. 2° P. J/5 (10ª), Jurisprudencia penal, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 22, septiembre de 2015, Tomo III, pg. 1740.

²⁷ Cfr. Plenos de Circuito, Tesis: PC. II J/3 P (10ª), Jurisprudencia penal, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 7, junio de 2014, Tomo II, pág. 1084; Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: II.2° P.J/1 (10ª), Jurisprudencia, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXII, julio de 2013, Tomo 2, p. 1178.

²⁸ Cfr. Primera Sala, Tesis: 1ª 50/2015 (10ª), Jurisprudencia penal, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 24, noviembre de 2015, Tomo I, p. 711.

²⁹ Ya en el contenido de la iniciativa de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada se ponía de relieve la afectación que en este contexto sufre ese bien jurídico de interés colectivo. Así, después de que en la Exposición de Motivos de dicha iniciativa se emplearan expresiones —sobre todo a propósito del narcotráfico— como la de “amenaza directa a la estabilidad de las naciones”, como la de “amenaza a la tranquilidad y orden público” o como la relativa a la “amenaza a la seguridad nacional”, particularmente en el 1° del contenido de esta Ley —presentada por el Poder Ejecutivo Federal ante el Senado de la República el 19 de marzo de 1996— se especificaba que su objeto radicaba en “establecer las reglas para la persecución, procesamiento y sanción de quienes forman parte de la delincuencia organizada, así como para la desarticulación y erradicación de dichas organizaciones delictivas, con la finalidad de garantizar «la seguridad pública y salvaguardar la soberanía y la seguridad de la nación»”. El mismo criterio prevaleció en el Dictamen a la Iniciativa de Ley Federal contra la Delincuencia Organizada que fue emitido por las Comisiones Unidas de Estudios Legislativos, Primera Sección y de Justicia, tal y como lo demuestra el hecho de que, entre otras cosas, en su contenido se sostuviera que el crimen organizado atenta contra la “organización estatal” o bien que este fenómeno criminal constituye un grave problema “para México, para su organización comunitaria, para su seguridad nacional”. En este sentido, señala García Ramírez que lo que “aquí se halla en juego es la seguridad nacional, en el más amplio sentido: pública, como sinónimo de general, e inclusive la seguridad nacional: más allá de la acotada o localizada en un Estado, una región o un municipio, y contraída a puntos de orden y paz”. Explica este autor que “el artículo 1° de la iniciativa aludió a ambas expresiones de seguridad: en su caso daña o pone en peligro el orden público, la buena marcha de las instituciones, las condiciones de paz que permiten el desarrollo de las relaciones normales de las relaciones jurídicas; por otra parte, lo que se daña o peligra es la nación misma, su integridad, su vida actual y futura, su autoridad y viabilidad. El precepto hizo referencia específica a la soberanía, que es la capacidad de autodeterminación popular, en el interior y con respecto al exterior”. Concluye García Ramírez señalando que el proyectista consideró —como es común entender hoy en día— que estas formas de delincuencia vulneran o ponen en peligro esa capacidad, en cuanto mediatizan o condicionan las decisiones nacionales o los resultados de

El Derecho penal del enemigo: una tendencia imparable de la política criminal mexicana

En esta medida no se punen los pensamientos, sino los actos que corroboran esta específica intención criminal, es decir, la voluntad de integrarse a una organización de hecho con las características señaladas, lo que trae consigo un elemento subjetivo específico, esto es, un elemento tendencial derivado en el propósito de cometer determinados delitos, elemento teleológico sin el cual bajo ningún concepto podría imputarse la conducta de integración en la delincuencia organizada. Sobre esta cuestión, cabe afirmar que la inclusión de elementos subjetivos en la descripción de las conductas prohibidas podría parecer que entra en colisión con el principio del hecho, pero ello no es así, por cuanto el fundamento del castigo, y previamente de la prohibición, se sitúe no tanto en momentos anímicos autónomamente considerados, cuanto en un hecho externo cuyo sentido se adquiere en virtud de dichos factores subjetivos de determinación de la dirección del actuar externo.³⁰

Justamente los fines delictivos del organismo criminal son los que llevan a sus miembros, en el plano operativo y funcional, a relacionarse en un núcleo restringido. En realidad, lo que aquí entra en la esfera de lo punible no es la interrelación exclusiva de unas cuantas personas, pues ello supondría, sin más, el legítimo ejercicio del derecho de asociación; más bien lo penalmente relevante radica en para qué se concierta esa unión y hasta dónde, y con base en la experiencia y en otros tantos criterios político-criminales, el legislador entiende que se ponen en peligro importantísimos bienes jurídicos, hasta el punto de que los delitos de peligro abstracto pasan a convertirse en un arma legislativa indispensable. De no verificarse ese objetivo criminal y el marco operativo creado para cumplirlo, no habría razón para reprochar la conducta, y entonces sí que estaríamos ante una injerencia ilegítima del Estado, pero no es así en el supuesto planteado. La vida privada de las personas deja de serlo, en la medida en que con ciertos actos se pretenda vulnerar intereses también legítimos

de los miembros del núcleo social, cuestión que es reconocida por Jakobs cuando afirma que “las relaciones sociales pueden ser objeto de abuso [...]”,³¹ y no se equivoca, porque algunas extralimitaciones, como la que nos ocupa, dada su gravedad, entran en el ámbito de lo criminal, pues, como también sostiene este autor, “la preparación de un hecho delictivo grave perturba el orden público [...]”.³²

1.2.2. Ilegítimidad de la injerencia penal sobre los actos de “fundación” o “creación” de organizaciones criminales

Frente a los supuestos de incriminación por pertenencia a una organización criminal, aparecen tipos penales que criminalizan estadios todavía más previos a la lesión del bien jurídico, hasta el punto de que el adelantamiento es tal que ya no es posible comprobar que tenga lugar la conducta y, por ende, que el bien jurídico pueda ponerse en peligro. Me estoy centrando en los tipos penales de “creación”, “constitución” o “fundación” de una organización criminal, a propósito de los cuales Jakobs, con acierto, señala que no colman las exigencias del Derecho penal propio del Estado de Derecho, siendo que la estructura de los mismos habilita a las autoridades para tener injerencia en la vida privada de las personas, pues la anticipación es tal que ni siquiera es posible intuir en qué instante inicia la acción, convirtiéndose el peligro en algo todavía más remoto a lo exigible a los delitos de peligro abstracto concebidos en un sistema democrático. De ahí se desprende, como este penalista no ha dejado de insistir, una clara vulneración al principio del hecho y al principio de ofensividad.³³ De hecho, si esto se mira a través del prisma del *iter criminis*, se podrá sostener que las actividades tendentes a la “fundación”, “constitución” o “creación” de una organización criminal ni siquiera superan la fase interna, esto es, ni siquiera adquieren el carácter de acto preparatorio a la comisión de un delito.

éstas” (García Ramírez, S., *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, Porrúa, México, 2000, pp. 103 y 104. Con respecto a ello, cabe considerar planteamientos doctrinales que se refieren a la “seguridad del Estado” (García Pablos de Molina, A., *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1978, pp. 144 y 145). En este sentido, con matices, *vid.* Cancio Meliá, M., “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, en *Delitos de organización*, BdeF, Argentina, 2008, 73 y ss.

³⁰ Cobo del Rosal, M./Quintanar Díez, M., *Instituciones de Derecho penal español. Parte general*, CESEJ, Madrid, 2004.

³¹ Jakobs, G., «Criminalización...», cit., p. 299.

³² Jakobs, G., «Derecho penal del ciudadano...», cit., p. 61.

³³ Cfr., por ejemplo, Jakobs, G., «Criminalización...», cit., pp. 294, 298 y 299; mismo autor, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y Teoría de la imputación*, traducido por Cuello Contreras / Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 853 y 854; “Derecho penal del ciudadano...”, cit., pp. 61 y 62.

Esta modalidad de represión de la delincuencia asociativa, que sorprendentemente todavía conserva su vigencia en algunos ordenamientos jurídicos de Derecho comparado,³⁴ en su momento desapareció de nuestra legislación federal en materia de delincuencia organizada. Recordemos que hasta el 2009, el delito de delincuencia organizada, previsto y sancionado en términos de los artículos 2º y 4º de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, era de comisión alternativa, toda vez que se inculcaba no sólo cuando las personas se organizaran de hecho sino también cuando “acordaran hacerlo”.

Así, el legislador mexicano comprendía que la criminalización de “acordar organizarse”³⁵ implicaba una grave intromisión en el ámbito privado de las personas; porque inclusive se podía llegar al extremo de someter a enjuiciamiento criminal a quienes al hilo de una conversación intercambiaran propuestas en este sentido. En relación con ello, debe recordarse que el Derecho penal no está llamado a sancionar pensamientos —*cogitationes poenam nemo patitur*—; por el contrario, requiere para justificar su existencia de que se aplique sobre conductas verificables a la percepción sensorial,³⁶ a la par que esas actividades constatables realmente vengan impregnadas de la gravedad necesaria para lesionar o poner en peligro un bien jurídico de singular trascendencia.³⁷ Para ser más concreto: la fusión entre el cumplimiento de las exigencias del principio del hecho y lo propio del principio de ofensividad colman los requerimientos

del carácter fragmentario del Derecho penal, lo cual se desvanece si se punen las actividades orientadas a “constituir” una organización criminal o aquellas consistentes en “acordar organizarse”.

Pero las repercusiones de sancionar la “fundación” o “creación” de una organización criminal —o su equivalente “acordar organizarse”— en automático se extienden, por un efecto dominó, al principio de culpabilidad, por cuanto es evidente que la punición se subordina, como mucho, a la comprobación de una relación privada y, por consiguiente, no puede sustentarse si no es a partir de aspectos subjetivos. Así, éstos se convierten en el único punto de referencia para atribuir responsabilidad penal; más aún, el peligro percibido poco definido hace que en lugar de hablar de culpabilidad motivada por un hecho tangible y cometido, se recurra al concepto de Derecho penal de autor. El autor es visto, pues, como un sujeto peligroso, como una fuente de peligro, como a un adversario al que ha de neutralizarse con tal anticipación que su actuar ni siquiera sugiere un remoto peligro.

Al respecto, conviene recordar que la culpabilidad está informada por el principio del hecho, es decir, que va referida inmediatamente a la acción realizada por la persona. Consecuentemente, dicho principio prevalece y a partir de ahí quedará justificada la calificación jurídico-penal del contexto subjetivo, y no en sentido contrario. Sobre esta cuestión se ha destacado que en tanto no se sitúe el fundamento de la antijuridicidad de la infracción en momentos de ánimo y en

³⁴ *Vid.*, por ejemplo, los artículos 570 bis y 572 del Código Penal español. De hecho, este texto punitivo recientemente integró el verbo típico de “promover”, o lo que es lo mismo, es objeto de incriminación la actividad de quienes “promuevan” una organización criminal o, en su caso, una organización terrorista. No cambian mucho las cosas en el Código Penal de la nación argentina, debido a que, en su artículo 210 Bis, integra una figura de asociación ilícita orientada a la comisión de delitos que puedan poner en peligro la vigencia de la Constitución nacional, en virtud de la cual podría sancionarse con prisión o reclusión de cinco a veinte años a quien “ayudare a la formación” del aparato organizativo. Tampoco se aparta de lo anterior la imprecisa redacción del artículo 369 del Código Orgánico Integral Penal de la República del Ecuador, que inserta una pena de siete a diez años a la persona que mediante a acuerdo o concertación “forme” un grupo estructurado de dos o más personas [...] En efecto, este último caso bien podría ser un claro ejemplo de la vulneración en cadena de diversos principios informadores del Derecho penal, es decir, del principio de legalidad en su vertiente de taxatividad, del principio del hecho y, por ende, del principio de proporcionalidad, cuestión que, dicho sea de paso, encaja en el Derecho penal del enemigo.

³⁵ Esta forma de comisión se eliminó del párrafo primero del artículo 2º de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, mediante Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 23 de enero de 2009.

³⁶ Cfr. Cobo del Rosal, M./Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 343 y ss. En igual sentido, Polaino Navarrete, M./Polaino-Orts, M., *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, Grijley, Perú, 2004, pp. 345-347.

³⁷ En este sentido, *vid.*, entre otros, Caruso Fontán, M. V./Pedreira González, F. M., *Principios y garantías del Derecho penal contemporáneo*, Euro Editores/B de F Ltda., Madrid, 2014; Roxin, C., “¿Es la protección de bienes jurídico una finalidad del Derecho penal?,” AA. VV., en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (traducción de Ortiz de Urbina, G. I.), Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 446 y ss; Hassemmer, W., “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?,” AA. VV., en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (traducción de Spínola Tártalo, B.), Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 95 y ss, sobre todo p. 99; Malo Camacho, G., *Derecho penal mexicano*, Porrúa, México, 2010, pp. 101 y 102; Muñoz Conde, F./García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 78 y ss.; Bustos Ramírez, J., *Manual de Derecho penal. Parte general*, PPU, Barcelona, 1994, pp. 99 y ss; Cobo del Rosal, M./Vives Antón, T.S., *Derecho penal...*, cit., p. 315 y ss.

El Derecho penal del enemigo: una tendencia imparable de la política criminal mexicana

tanto dichos momentos anímicos no constituyan, por sí solos, el delito, sino que se limiten a operar como simples factores de determinación de la dirección del actuar externo hacia consecuencias jurídicamente desaprobadas, su inclusión en los tipos no representará una vulneración del principio del hecho.³⁸

Acertada argumentación jurídica que es abonada por Jakobs desde el momento en que sostiene que, aunque sólo sea posible una interpretación afinada de la conducta si se considera el contexto subjetivo, no significa que resulte legítimo, en relación con cualquier movimiento corporal, imponer la investigación de la parte subjetiva. Si se quiere imponer a una persona la interpretación del significado de su conducta, aquella ha de haber dado más bien una justificación para hacerlo, es decir, que esa persona tiene que haberse convertido en deudora de una explicación. A falta de ello, agrega este autor, “no se ha abandonado aún el ámbito de lo privado y una consideración del aspecto interno degrada al ciudadano hasta convertirlo en un enemigo. En el Derecho penal de un Estado de libertades no se trata del control de los aspectos internos, con inclusión de los motivos, sino del control de lo externo. La pregunta acerca de lo interno sólo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos externos que son ya, en cualquier caso, perturbadores [...]”.³⁹

Por dondequiera que se analice la cuestión, se podrá concluir que el hecho de que se lleve al campo de lo punible la constitución de una organización criminal se debe a una percepción social del peligro que es explotada, pese a las graves consecuencias descritas, por el legislador. Así, la intención de aparentar resultados inmediatos y el inquietante afán de protagonismo, determinados por la chapuza, se convierten en ley, o si se quiere, en “Derecho penal simbólico”.⁴⁰ Un reflejo de ello lo encontramos en la reciente reforma de 2016 en materia de delincuencia

organizada, pues, como dejaré ver más adelante, la intención de aparentar soluciones inmediatas, eficaces y efectivas contra este fenómeno criminal no hizo más que multiplicar e intensificar los esquemas de represión a extremos que no solamente son ilegítimos desde el punto de vista del Estado de Derecho sino inclusive disfuncionales. Ese es el caso de un nuevo tipo penal que se incorpora en el artículo 2 Bis de la Ley Federal contra la Delincuencia, dado que, como expondré, la indeterminación de su contenido plantea graves problemas de interpretación que pueden llevar a resucitar el verbo típico de “acordar organizarse” que en su momento fue suprimido de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Lo peor es que esa tendencia a criminalizar en etapas tan anticipadas no es algo aislado ni tiene fecha de caducidad, más bien es incesante, tiende a propagarse y ha eternizado su vigencia. Así lo demuestran otras formas de irrupción en la esfera privada de las personas como aquella que, en el marco de los delitos contra la seguridad de la nación, sanciona, como se oye, actos preparatorios para la comisión de actos preparatorios. Particularmente me refiero a la conducta prevista y sancionada por el artículo 142 del Código Penal federal, en relación con el artículo 141 de este mismo texto punitivo mexicano,⁴¹ que consiste, nada más y nada menos, en la instigación, incitación o invitación para conspirar, o lo que es lo mismo, instigar, incitar o invitar para resolver de concierto la comisión de delitos. Se podrá decir que se trata de algo puntual y que responde a la importancia del bien jurídico que se pretende proteger, es decir, la seguridad de la nación, a lo que cabría responder que esta clase de medidas penales son propias de los sistemas dictatoriales. Precisamente en ellas los tiranos han visto armas políticas para restringir el derecho a la libre manifestación de las ideas y así garantizar su estancia en el poder.

³⁸ Cobo del Rosal, M./Vives Antón, T. S., *Derecho penal...*, cit., p. 344.

³⁹ Jakobs, G., «Criminalización...», cit., pp. 301 y 302.

⁴⁰ Sobre el concepto de Derecho penal simbólico *vid.*, entre otros, AA. VV., en *Pena y Estado*, dirigido por Juan Bustos Ramírez, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, 1995; Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, BdeF, Argentina, 2010, pp. 482 y ss; Cancio Meliá, M., “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2006, pp. 93 y ss; Merino Herrera, J., *La protección de testigos...*, cit., pp. 28 y ss; Díez Ripollés, J. L., “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, nueva serie, año XXXV, núm. 103, enero-abril de 2002.

⁴¹ Ello, sin perjuicio de la multiplicación desmesurada y preocupante de la incriminación de los actos preparatorios a la comisión del delito que trajo la reciente reforma de junio de 2016 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Como veremos más adelante, mediante Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 16 de junio de 2016, se incorporó a dicha Ley especial federal el artículo 2o. Bis, conforme al cual “se impondrá hasta dos terceras partes de las penas previstas en el artículo 4o. del presente instrumento a quienes resuelvan de concierto cometer las conductas señaladas en el artículo 2o. de la presente Ley y acuerden los medios de llevar a cabo su determinación”.

En estos dos ejemplos, es decir, en el relativo a la creación o fundación de una organización criminal y en el consistente en la punición de actos preparatorios a la comisión de actos preparatorios, el punto neurálgico no se halla en determinar si existe o no un bien jurídico, puesto que es evidente que la existencia de la paz pública, el orden constitucional, la seguridad pública o la seguridad de la nación —lo que dependerá del bien jurídico que asigne a estos efectos la legislación local—, pese a su contenido difuso, podría ponderarse su existencia e importancia; más bien tiene que ver con la comprobación de que efectivamente se trate de conductas que al desplegarse puedan lesionar o poner en peligro ese bien jurídico, y está claro que en ambos supuestos la balanza debe inclinarse al ejercicio de la libertad, puesto que una cosa es pensar en delinquir y otra muy distinta materializar el delito. Es acuciante asumir el criterio de que, sobre la base de los principios del hecho y de ofensividad, al actualizarse la conducta descrita, realmente sea tangible o verificable en el plano fáctico, y no sólo eso, sino que, además, lesione o ponga en peligro un bien jurídico. Parece, sin embargo, que para ello falta mucho, sobre todo cuando constatamos que en el sistema jurídico mexicano todavía es posible encontrar, entre otras anomalías propias de los esquemas autoritarios, estrategias legales como la del artículo 14, en relación con el artículo 103, ambos del Código Penal para el Estado de Hidalgo, que incriminan tentativas inidoneas y de imposible realización, tendencia de la que no se apartan el artículo 19 del Código Penal del Estado de Guanajuato y el artículo 15 del Código Penal para el Estado de Querétaro, por cuanto sancionan tentativas de imposible consumación.

Así pues, al ser absolutamente inocua la actividad no habrá justificación alguna para promover su punición, muy a pesar de que se pueda realizar una maniobra legislativa para reinventar un bien jurídico y así dar la apariencia de que se materializa un hecho potencialmente lesivo. De adoptarse en estos casos la propuesta de Jakobs, llegaríamos al absurdo de improvisar otro bien jurídico que, derivado de uno tan difuso como la paz pública, incrementara su imprecisión, hasta llegar a aniquilar la libertad del pensa-

miento e inclusive sancionar en función del estado de ánimo de las personas.

Lo que he planteado tiene importancia, en la medida en que en su descripción, como he reiterado, Jakobs identifica en esta clase de medidas claros atentados a los principios del hecho y de ofensividad, no obstante termina sucumbiendo, dado que, de forma desconcertante, ha dejado ver en sus trabajos que entiende que no queda más remedio que aplicar esa clase de medidas sobre los autores de aquellos delitos que son considerados de especial gravedad. En esta medida, es posible establecer que el análisis de esta base teórica del penalista alemán puede desarrollarse en dos direcciones, es decir, o bien atendiendo a una descripción de la realidad legislativa, o bien en relación a la propuesta de una línea político-criminal.

1.3. El Derecho penal del enemigo: la descripción de una línea político-criminal

Siguiendo entonces la descripción, pero asumiendo que lo que de ella resulte es avalado por Jakobs en determinados supuestos de incriminación, debo recordar que, unos años más tarde a sus primeros planteamientos sobre el Derecho penal del enemigo, este penalista alemán daba un concepto de enemigo en los siguientes términos: el enemigo, dada su hostilidad hacia la sociedad y hacia el Derecho, es y debe ser diferenciado del resto de los ciudadanos, puesto que no sólo de manera incidental en su comportamiento (ej. delincuencia sexual) o en su ocupación profesional (ej. delincuencia económica o tráfico de drogas) o, principalmente, a través de su vinculación a una organización (ej. organización terrorista), es decir, en cualquier caso de forma presuntamente duradera, ha abandonado el Derecho y por consiguiente, ya no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva del comportamiento personal y lo manifiesta por medio de su conducta.⁴²

Dicha demonización se agudizó en los marcos de regulación criminal tras los atentados del 11 de septiembre, y parece que ello influyó en el pensamiento de Jakobs. Por lo menos así puede deducirse de

⁴² Jakobs, G., “La Ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, AA. VV., en *Escuela de verano del Poder Judicial. Galicia 1999*, traducción de Manso Porto, T., CGPJ, 2000, págs. 138 y 139; mismo autor, “Derecho penal del ciudadano...”, cit., págs. 39 y 40; *Pena estatal: significado y finalidad*, traducción de Cancio Meliá, M./Feijoo Sánchez, B., Civitas, Navarra, 2006, págs. 169 y 170; *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, traducción de Manso Porto, T., Thomson/Civitas, Madrid, 2004, págs. 44 y 45.

El Derecho penal del enemigo: una tendencia imparable de la política criminal mexicana

los trabajos que realizó después de estos lamentables acontecimientos.⁴³

Desde esta perspectiva, la noción de enemigo debe distinguirse de la que se asigna al ciudadano, ya que éste sería quien de forma ocasional ha transgredido la norma penal y, por lo tanto, el Estado, ante un deslíz reparable⁴⁴ o, incluso, ante un simple error,⁴⁵ mantendría el diálogo con él.⁴⁶ Si bien a la persona o al ciudadano se atribuye una conducta que ha dañado la vigencia de la norma, ello no tendría la entidad suficiente como para entender que ya no ofrece la garantía de un comportamiento en lo fundamental, lo que quiere decir que prevalece respecto de él la confianza de que en el futuro se conducirá con fidelidad al ordenamiento jurídico;⁴⁷ seguridad cognitiva que en el enemigo se ha desvanecido. Por eso Jakobs se refiere al enemigo como aquel que ya no garantiza la seguridad cognitiva de un comportamiento en lo fundamental, por eso es y debe ser tratado como enemigo;⁴⁸ con el ciudadano el Estado entabla un diálogo al enemigo se le declara la “guerra”.

Esta dicotomía se reflejaría en el ordenamiento jurídico, máxime si se tiene en cuenta que Jakobs también soporta sus postulados en el mantenimiento de la vigencia de la norma. En este punto debe recordarse que la base teórica que este autor alemán ha desarrollado no es otra que la relativa al “Funcionalismo jurídico-penal”, misma que gira en torno a tres elementos fundamentales, esto es, la sociedad, la norma y la persona.⁴⁹ A estos efectos, conviene recordar que la sociedad implica un sistema que plasma todos los criterios, valores, máximas, ideales o esquemas de convivencia de sus miembros en el ordenamiento jurídico, de tal manera que éste se convierte en el reflejo de la sociedad, siendo el marco jurídico en general todo ese espejo de la sociedad, en tanto que el Derecho penal una parte de ese reflejo. De acuerdo

con ello, la persona o ciudadano mantendrá su estatus siempre que desarrolle su rol conforme al esquema establecido, de lo contrario podría perder dicha condición. Según esto, ese despojo se daría cuando ya no garantice la seguridad cognitiva de un comportamiento personal en lo fundamental; para ser más claro, cuando ya no ofrezca la confianza de que en el futuro se comportará conforme a Derecho.

Por regla general, ello ocurriría no tanto con la transgresión al orden penal de forma esporádica con actividades delictivas que no estén estigmatizadas, sino desarrollando su vida en un permanente estado de contravención al orden penal o, inclusive, cometiendo aquellos delitos sobre los cuales de inmediato opera el etiquetamiento. De hecho, es posible que el individuo cometa reiteradamente comportamientos delictivos y no adquiera el carácter de enemigo, por cuanto no se trate de aquellos que podrían etiquetarlo, del mismo modo que pueda ejecutar de forma puntual un delito atribuible a los enemigos y con ello adquirir automáticamente ese carácter. No olvidemos que basta con una simple imputación por delincuencia organizada, por lavado de dinero, por terrorismo, por trata de personas, por secuestro, por delitos contra la salud o por cualquier otro delito de los que se incluyen en este esquema de excepción, para que, desde el inicio, el aparato estatal ponga en marcha la estrategia planificada al efecto.

Con esto quiero enfatizar que la simple atribución de una responsabilidad penal motivada por un delito de aquellos que forman parte de este esquema de excepción, coloca a la persona en la condición de enemigo, siendo, por consiguiente, el sector delictivo el que origina que el Estado identifique a la persona como adversario, es decir, como un individuo peligroso. Esto puede resumirse del siguiente modo: el Derecho penal del ciudadano actúa en función de los

⁴³ Ello puede constatarse, por ejemplo, en Jakobs, G., “La Ciencia del Derecho penal...”, cit., pp. 119 y ss; mismo autor, “Derecho penal del ciudadano...”, cit., pp. 21 y ss; mismo autor, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”. AA. VV., en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 2, coordinado por Cancio Meliá/Gómez – Jara Díez, EDISOFER / EUROS EDITORES / B de F Ltda., Buenos Aires, 2006, p. 93 y ss; mismo autor, “¿Terroristas como personas en Derecho?”, AA. VV., en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 2, coordinado por Cancio Meliá / Gómez – Jara Díez, EDISOFER / EUROS EDITORES / B de F Ltda., Buenos Aires, 2006, pp. 77 y ss.

⁴⁴ Jakobs, G., “Derecho penal del ciudadano...”, cit., p. 36.

⁴⁵ Jakobs, G., “Derecho penal del ciudadano...”, cit., p. 47.

⁴⁶ Cfr. Jakobs, G., “Criminalización...”, cit., p. 299.

⁴⁷ Cfr. Jakobs, G., “Derecho penal del ciudadano...”, cit., pp. 29, 30, 36 y 37.

⁴⁸ Cfr. Jakobs, G., “Derecho penal del ciudadano...”, cit., pp. 39, 40 y 68; mismo autor, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio...”, cit., p. 106; mismo autor, “La Ciencia del Derecho penal...”, cit., pp. 138 y 139; Jakobs, G., *Dogmática de Derecho penal...*, cit., p. 43.

⁴⁹ *Vid.* Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de Cancio Meliá, M. y Feijoo Sánchez, B., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

presupuestos de la culpabilidad por el hecho cometido; mientras que el Derecho penal del enemigo combate peligros, se orienta al futuro. En otros términos: junto a la deuda del autor por el hecho sucedido, aparece lo necesario para el aseguramiento frente a hechos venideros,⁵⁰ esto es, para la defensa frente a agresiones futuras.⁵¹

Semejante dicotomía puede apreciarse en la regulación penal, sobre todo si se tiene en cuenta que los sistemas penales y procesales penales sufren la contaminación de esas manifestaciones del Derecho penal del enemigo, lo cual debe entenderse, como el mismo Jakobs señala, en el sentido de que ni el Derecho penal del enemigo ni el Derecho penal del ciudadano se aplican de forma integral o al modo puro, más bien conviven o se solapan en un mismo escenario jurídico.⁵² Lo que ocurre es que la balanza se inclina hacia uno u otro dependiendo de las circunstancias, y es evidente hacia dónde se decanta el esquema penal de la delincuencia organizada, y hacia dónde se orienta el que pueda aplicarse sobre los delitos que no suelen estar estigmatizados, aunque es verdad que en la realidad legislativa mexicana el Derecho penal del enemigo ha permeado gran parte de los marcos de regulación penal.

En este contexto entra en juego la noción de mantenimiento de la vigencia de la norma, pues conviene no olvidar que, al ser el ordenamiento jurídico el reflejo de la sociedad, toda transgresión al mismo será tributaria de una afectación al sistema establecido.⁵³ Desde esta perspectiva, no significa que toda contravención del orden penal, que está llamado a garantizar la identidad social, deba concebirse en el sentido de que la norma ya no rige en la realidad social, pues inclusive la transgresión permitiría al Estado confirmar su vigencia, de manera que éste, a través de la pena, podría confirmar su identidad social⁵⁴ y, en consecuencia, su identidad normativa ante los miembros de la sociedad, lo que significa que éstos pueden con-

ducir su vida de acuerdo a las expectativas previstas en el sistema. Éste sería, en efecto, uno de los sentidos de la orientación de la norma, que aparece como alternativo a otro derivado en que la norma no sea transgredida. Ambos constatarían el mantenimiento de la vigencia de la norma.⁵⁵

Pero la actuación contrafáctica no puede ser permanente, es decir, la transgresión al orden penal no puede ser infinita, porque entonces ello demostraría que la norma ya no rige en la realidad social, que se ha convertido en una promesa vacía; en definitiva, que ya no ofrece una garantía de que los demás se comportarán conforme a Derecho, y entonces habría perdido su vigencia.⁵⁶ Esa es la lógica que sigue Jakobs y que también impregna la aplicación del denominado Derecho de excepción, pues resulta claro que, frente a manifestaciones delictivas de especial gravedad, el Estado asume que el Derecho penal propio del Estado de Derecho, o si se prefiere, que el esquema normativo escrupuloso en el cumplimiento de los límites del *ius puniendi* pierde sentido o funcionalidad para evitar graves atentados contra bienes jurídicos de especial importancia. Por eso no sorprende que la configuración de los tipos penales venga marcada por esquemas tan preventivos que arrasan con el principio del hecho, de ofensividad y de culpabilidad. Porque el objetivo es muy claro: neutralizar a través de la criminalización en estadios muy previos a la lesión del bien jurídico, y por eso preocupantemente se sancionan peligros muy remotos. Pero la estrategia no se conforma con esto, porque se acoraza la neutralización con penas muy elevadas que, cuando no se presentan a través de cadenas perpetuas o maquilladas en este sentido, se materializan con la muerte del autor del delito. Ya sabemos que, además de lo anterior, viene el complemento de los métodos de investigación y el que opera en el desarrollo del procedimiento, para tener su desenlace durante la ejecución del reproche penal genuinamente inocuidador.

⁵⁰ Jakobs, G., *Pena estatal...*, cit., p. 13.

⁵¹ Jakobs, G., *Dogmática de Derecho penal...*, cit., p. 43.

⁵² Cfr. Jakobs, G., “Derecho penal del ciudadano...”, cit., p. 23.

⁵³ Cfr. Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona...*, cit., pp. 9, 14 y ss, 26 y ss.

⁵⁴ Cfr. Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona...*, cit., pp. 10 y 11; mismo autor, *Derecho penal...* cit., p. 13; mismo autor *Dogmática de Derecho penal...*, cit., p. 41.

⁵⁵ Cfr. Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona...*, cit., pp. 10 y ss; mismo autor, *Derecho penal...* cit., pp. 9 y ss. *Vid.* además, pp. 44 y ss; mismo autor, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio...”, cit., p. 100; Jakobs, G., “Derecho penal del ciudadano...”, cit., pp. 37, 38 y 64.

⁵⁶ Jakobs, G., “Derecho penal del ciudadano...”, cit., pp. 37 y 38; mismo autor, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio...”, cit., pp. 98 y ss.

2. Un claro reflejo de esta línea político-criminal en la realidad mexicana

Con todo, es posible afirmar que el marco de regulación penal mexicano representa un muy claro ejemplo de los límites a los que puede llegar el Derecho penal del enemigo. Existen al menos cuatro puntos críticos, cada uno con sus diferentes variantes, de la proyección de este esquema de extralimitación que pueden desarrollarse y que, en la realidad legislativa mexicana, han proliferado. En este sentido, cabe partir de las cuatro particularidades típicas que, en principio, identifica Jakobs: 1) amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, el cambio de perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir, siendo, en su opinión, paradigmáticos los tipos de creación de organizaciones criminales o terroristas; 2) falta de una reducción de la pena proporcional a dicho adelantamiento (por ejemplo, la pena para el cabecilla de una organización terrorista es igual a la del autor de una tentativa de asesinato); 3) paso de la legislación de Derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia; 4) supresión de garantías procesales.⁵⁷

De ello resulta que, en sentido estricto, el Derecho penal del enemigo tiene su correlato en los métodos de investigación y en el proceso penal; de hecho, como quedó sentando, se hace referencia a un Derecho procesal penal del enemigo. Ambas líneas de intervención, como ya expresé, constituirían la estrategia para articular la lucha contra el adversario. Al menos así lo ha dejado ver Jakobs en sus diferentes trabajos sobre la materia. Esto quiere decir que la contaminación del Derecho penal que él mismo identifica sería la línea de ataque contra ámbitos delictivos percibidos como graves.

Concretamente en este sentido, propone concentrar en un marco de regulación específico esta clase de medidas, lo que respondería a la intención de evitar que la contaminación se siga propagando. Refiere a este respecto que si el Derecho penal del ciudadano y el Derecho penal del enemigo se mezclan, existe el riesgo de que la laxitud de límites del Derecho penal del enemigo se extienda también en el Derecho penal del ciudadano.⁵⁸ Según esto, sería menos peligroso

desde la perspectiva del Estado de Derecho, un Derecho penal del enemigo claramente delimitado, que entremezclar sus fragmentos con todo el Derecho penal.⁵⁹ Es más, entiende que el Derecho penal del enemigo sigue siendo Derecho, en la medida en que, a su vez, vincula a los ciudadanos y, exactamente, al Estado, sus órganos y funcionarios, en la lucha contra los enemigos. No obstante, aclara a este respecto, y parece que pretendiendo atenuar el marcado sentido de su propuesta normativa, que esto no ha de implicar que todo esté permitido, incluyendo una acción desmedida; antes bien, es posible que al enemigo se le reconozca una personalidad potencial, de tal modo que en la lucha contra él no se puede sobrepasar la medida de lo necesario.⁶⁰ Así, el Derecho penal del enemigo no implicaría una regulación para la “aniquilación ilimitada”, sino, en un Estado de Derecho administrado con inteligencia, una “*ultima ratio*” que es aplicada conscientemente en cuanto excepción como algo que no es idóneo para uso permanente.⁶¹

Debo recordar que, desde el inicio, expresé mi rechazo absoluto a esta clase de propuestas; porque de lo que se trata es de eliminar las manifestaciones de esa contaminación. La contaminación es la misma esté o no esté concentrada en un solo marco de regulación. Además, esto no es cuestión de nombres o de ubicaciones, sino de contenidos; se le llame cómo se le llame o se acomode donde se acomode, concentrado o no en un solo cuerpo normativo, entra en pugna con el Estado de Derecho y, por lo tanto, su desaparición no debe ser negociable. Pero si a semejante aberración se le quisiera atribuir dotes de funcionalidad, temo decir que en el caso mexicano ha fracasado, incluso que esta estrategia de condensación solamente ha servido para amplificar la contaminación existente, porque a los códigos penales tan divergentes de un Estado a otro, y a tantas leyes especiales que reparten restricciones a los espacios de libertad con la inclusión de delitos ocultos en ellas, hay que añadir otras leyes especiales que constituyen el reflejo mismo de la extralimitación.

Basta con hojear cualquier código penal del país —de los treinta y cuatro existentes— para encontrar fórmulas legales que generan terror penal y que permi-

⁵⁷ Jakobs, G., “La Ciencia del Derecho penal...”, cit. p. 138; mismo autor *Dogmática de Derecho penal...*, cit., pp. 43 y 44.

⁵⁸ Jakobs, G., *Pena estatal...*, cit., pp. 176 y 177.

⁵⁹ Jakobs, G., “Derecho penal del ciudadano...”, cit., p. 55.

⁶⁰ Jakobs, G., *Dogmática de Derecho penal...*, cit., p. 43.

⁶¹ Jakobs, G., “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio...”, cit., p. 107.

ten intuir que esto, lejos de detenerse, lleva una inercia imparable. Pero el miedo y la preocupación incrementan cuando se constata la involución a través indicadores como la denominada Ley Antisecuestro⁶² y la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.⁶³ En cualquiera de estos parámetros legales es posible deducir que aquí nadie se salva. Se trata de textos legales que, si se me permite, hacen las veces de fusiles que apuntan a cualquier ciudadano con el objeto de atemorizarlo y con la advertencia de que en cualquier momento podrá ser instrumentalizado en aras de la seguridad.⁶⁴

2.1. La constitucionalización del Derecho de excepción

La concentración del Derecho penal del enemigo en la legislación especial, que se suma a otras tantas manifestaciones distribuidas en todo el ordenamiento penal mexicano, viene marcada desde el texto constitucional, especialmente cuando se confiere al Congreso general, a través de la fracción XXI del artículo 73, la facultad de expedir leyes generales en materia de secuestro y de trata de personas, así como para legislar en materia de delincuencia organizada. Debo aclarar que no veo inconveniente en que sea el Congreso de la Unión el órgano legislativo facultado para legislar y expedir leyes en estos ámbitos, puesto que considero indispensable, en aras de la seguridad jurídica, optar por la unificación de la legislación penal; más bien la preocupación surge a causa del contenido de dichos cuerpos normativos.

De ese preocupante contenido ya se advierte en el artículo 16 de la Constitución general, siendo que

en él se recoge la habilitación para poner en marcha diversas medidas que, en el marco de la investigación, deberán aplicarse contra las personas imputadas por delincuencia organizada. Esta proyección del Derecho procesal penal del enemigo aparece con figuras como las consistentes en la “detención por caso urgente⁶⁵,” la “duplicidad del término de la retención⁶⁶,” el “arraigo⁶⁷,” la “intervención de comunicaciones”⁶⁸ y, evidentemente, desde el momento en que se constitucionaliza la controvertida noción de delincuencia organizada.⁶⁹ Más adelante, y concretamente en el segundo párrafo del artículo 19 de esta misma norma fundamental, se establece que la prisión preventiva oficiosa operará sobre delincuencia organizada, secuestro y otros supuestos,⁷⁰ aunque no hay que recorrer muchos artículos para encontrar la venia, con rango constitucional, de los beneficios para el colaborador con la justicia respecto de delitos relacionados con esta misma forma de criminalidad asociativa.⁷¹

En el artículo 20 de la norma fundamental, en el que ciertamente se encuentra una parte muy relevante de los cimientos de la reforma al sistema de justicia penal mexicano, continúa esa bipolaridad legislativa, y ello, aunque sólo sea porque a la regulación de la figura del arrepentido debemos agregar que el párrafo segundo de la fracción V del apartado B de este artículo constitucional, ignora la metamorfosis procesal que ahora debe materializarse en el caudal probatorio a los efectos del enjuiciamiento criminal —dato de prueba, medio de prueba y prueba—, pues resulta que en delincuencia organizada las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor

⁶² Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Ssecuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁶³ Como dejaré ver más adelante, de dichos parámetros legales no se desmarca el Código de Justicia Militar.

⁶⁴ Debo recordar que no es menos represiva la “Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos”.

⁶⁵ *Vid.* párrafo sexto del artículo 16 de la Constitución general. *Vid.*, asimismo, artículo 150 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

⁶⁶ *Vid.* párrafo décimo del artículo 16 de la Constitución general. Del mismo modo, *vid.* artículo 11 Quáter de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

⁶⁷ *Vid.* párrafo octavo del artículo 16 de la Constitución general. *Vid.*, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, del artículo 12 al artículo 12 Quintus.

⁶⁸ *Vid.* párrafo décimo tercero del artículo 16 de la Constitución general. *Vid.*, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, del artículo 16 al artículo 28.

⁶⁹ *Vid.* párrafo noveno del artículo 16 de la Constitución general. *Vid.*, también, artículo 2° de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

⁷⁰ Como en los casos de homicidio doloso, violación, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. *Vid.*, asimismo, artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

⁷¹ Especialmente *vid.* párrafo segundo de la fracción III del apartado B. del artículo 20 de la Constitución general, así como los artículos 35, 35 Bis y 36 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en los que se desarrollan esos beneficios por colaboración con la justicia.

El Derecho penal del enemigo: una tendencia imparable de la política criminal mexicana

probatorio cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas.

Ni que decir tiene de la reserva de la identidad de quienes puedan declarar en contra de los que son imputados, acusados o procesados por los delitos de violación, secuestro, trata de personas, delincuencia organizada y cuando a juicio del órgano jurisdiccional dicha reserva sea necesaria para brindar protección, lo que encuentra sustento en la fracción V del apartado C del artículo 20 de la Constitución general.⁷² En realidad, esa es solamente una manifestación del hermetismo por el que se distingue el Derecho procesal penal del enemigo que ha ido ganando terreno por diversos frentes en el sistema de persecución penal mexicano. Especialmente en materia de delincuencia organizada se produce una combinación que regula la aniquilación del debido proceso —y con ello de la presunción de inocencia—, toda vez que, en cadena, arrasa con el derecho de defensa, con la igualdad procesal y con ciertos principios que forman el proceso penal acusatorio que postula el artículo 20 de la Constitución general. Me refiero a los principios de contradicción y de publicidad, que pierden relevancia si se trata de perseguir a las personas que se vinculan con la criminalidad organizada.

Desde esta perspectiva, sufre un considerable debilitamiento el derecho de defensa que consagra la fracción VI del apartado B del artículo 20 de nuestra norma fundamental. Para constatarlo no hay que ir muy lejos, porque precisamente esta misma fracción, después de reconocer el derecho del imputado a que tanto él como su defensor tengan acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibirle declaración o entrevistarle, y tras establecer que no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, termina señalando que este presupuesto de un proceso penal propio del Estado de Derecho podrá exceptuarse, o si se prefiere, trastocarse, en “los casos excepcionales expresamente

señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa”. No es posible entender, sin embargo, cómo se evita una afectación del derecho de defensa si se habilita, cual estrategia policial, al debido proceso, un hermetismo que de una u otra forma estará presente durante todo el proceso y que, como es lógico, supone una desventaja al imputado o acusado que incidirá en la sentencia.

Aunque el artículo 13 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada al final cede la posibilidad de que tanto el imputado como su defensor puedan tener acceso a los registros de la investigación, lo cierto es que de inmediato limita la información que es indispensable para articular la estrategia de defensa desde el inicio, porque ocurre que el imputado y su defensor solamente podrán acceder a los registros de la investigación que tengan relación con los hechos imputados. Inclusive ese hermetismo se asegura con un candado legal que ordena al ministerio público y a sus auxiliares que guarden la mayor reserva sobre dicha información, traduciéndose ello en la vulneración del derecho de defensa y, especialmente, por lo que se refiere al derecho que tiene la persona sometida a la acción de la justicia de conocer desde un primer momento todo lo que obre en las actuaciones y emplear lo que de éstas le pueda servir para demostrar su inocencia. Ciertamente, el debido proceso brilla por su ausencia; y es que no puede negarse que en estas condiciones se debilita la capacidad probatoria, es decir, se acotan los recursos para extraer el caudal probatorio que se ha de ofrecer y desahogar para soportar la defensa. Aunado a lo anterior, este mismo artículo 13 cierra con la restricción del principio de publicidad, siendo que, con el argumento de brindar seguridad a las víctimas o a los actores procesales, se deja abierta la puerta para que las audiencias se desarrollen a puerta cerrada.⁷³

⁷² Particularmente esta fracción V recoge el derecho de la víctima o del ofendido “al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada, y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa”. En materia federal debe considerarse la Ley Federal de Protección a Personas que Intervienen en el Procedimiento Penal, así como los artículos 14 y 34 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. También prevén regulación a este respecto, los artículos 59 y siguientes de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, sobre todo la fracción VII del artículo 62 y el artículo 63 de dicha Ley General contra la Trata de Personas. En este sentido, *vid.* los artículos 26 y siguientes de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la fracción XXVI del artículo 109 y el párrafo cuarto del artículo 277, ambos del Código Nacional de Procedimientos Penales.

⁷³ Vulneración del principio de publicidad que encuentra sustento en la fracción V del apartado B. del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Este hermetismo procesal también se manifiesta a través de la reserva de la identidad de las personas que, por rendir testimonio o declarar en contra de algún miembro de la delincuencia organizada, puedan verse en situación de riesgo o peligro. De hecho, esta reserva de la identidad podrá mantenerse en el procedimiento penal si se trata del acusador, la víctima u ofendido o menor de edad,⁷⁴ pero también si se trata de agentes de las fuerzas del orden público que participan en las operaciones encubiertas, en ejecución de órdenes de aprehensión, en detenciones en flagrancia y por caso urgente y en cateos,⁷⁵ sin que me olvide de considerar la tan peligrosa reserva de la identidad de los testigos colaboradores o arrepentidos.⁷⁶ Ahora bien, por mucho que se atribuya funcionalidad a la reserva de identidad, ello no disminuye la grave afectación que la misma causa al debido proceso, dado que en esta medida el derecho de la persona imputada a ser informada de los hechos que se le imputan incluye conocer los datos del acusador o de las personas que declaren en su contra. Así, una vez más, la igualdad procesal se convierte en una promesa vacía, al tiempo que el principio de contradicción pierde el rango que le confiere el artículo 20 de la Constitución general. En definitiva, también por esta vía se echa abajo la máxima constitucional según la cual la “presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral⁷⁷.”

Para seguir con la batería de medidas excepcionales que tienen aplicación desde el inicio de la investigación y durante el procedimiento, no debe pasarse por alto el párrafo segundo del artículo 22 de la norma fundamental, dado que en su contenido se inserta

la amorfa figura de la extinción de dominio, la cual, como sabemos, se aplica en función de un esquema de *numerus clausus* en el que se engloban los delitos de secuestro, de delincuencia organizada, de trata de personas, de robo de vehículo, de enriquecimiento ilícito y contra la salud.⁷⁸

Cuando menos en materia de delincuencia organizada, todo esto no termina con una sentencia que apunta a cotas insostenibles desde la perspectiva del Estado de Derecho, porque también en la ejecución de la sanción penal se corrobora esa firme voluntad legislativa de inocuización. No hay que olvidar que el artículo 18 de la Norma Fundamental restringe el derecho de los sentenciados por delincuencia organizada a purgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a sus domicilios. Pero la vindicación no se conforma con lo anterior, en virtud de que la ejecución de las sentencias sobre los miembros de la delincuencia organizada se desarrollará en centros especiales —como también ocurre con la prisión preventiva— y con la facultad de las autoridades para restringir las comunicaciones de los sentenciados y para imponerles medidas de vigilancia especial aún en dichos centros especiales. Esa tónica de supresión del enemigo se trasladó a la recientemente publicada Ley Nacional de Ejecución Penal,⁷⁹ a cuyo contenido, como era esperable, se extiende la estrategia neutralizadora de evitar tanto los beneficios preliberacionales como la aplicación de sanciones no privativas de libertad sobre los sentenciados por delincuencia organizada, secuestro y trata de personas. Me refiero a la “libertad condicionada⁸⁰,” a la “libertad anticipada⁸¹,” “a la comutación de la pena⁸²” y “a la sustitución de la pena privativa de libertad⁸³,” que a la vez conviven

⁷⁴ Vid. artículos 14 y 34 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

⁷⁵ Vid. artículo 11 Bis. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

⁷⁶ Vid., entre otros, artículos 13, 15, 16, 18 y 35 de la Ley Federal para la Protección a Personas que Intervienen en el Procedimiento Penal, así como los artículos 14 y 34 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

⁷⁷ Vid. fracción IV del apartado A. del artículo 20 de la Constitución general.

⁷⁸ Conviene recordar que dicho mandato constitucional se desarrolla, en materia federal, en la Ley Federal de Extinción de Dominio, reglamentaria del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mientras que en el fuero común a través de leyes *ad hoc* que han venido creando la entidades federativas. Sólo por citar algunos ejemplos, ese es el caso de la Ciudad de México y de Estados como Durango, Guanajuato, Hidalgo, Jalisco, Morelos, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, Sonora, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas, Veracruz, Zacatecas, Aguascalientes, Campeche, Coahuila y Colima.

⁷⁹ Vid. Decreto por el que se explide la Ley Nacional de Ejecución Penal; se adicionan las fracciones XXXV, XXXVI y XXXVII y un quinto párrafo, y se reforma el tercer párrafo del artículo 225 del Código Penal federal, *Diario Oficial de la Federación* de 16 de junio de 2016. Ese mandato constitucional se desarrolla, por ejemplo, en los artículos 2, párrafo segundo, 5, 31, 37, 49 y 50 de la Ley Nacional de Ejecución Penal, sin perjuicio de que a estos efectos deba considerarse los artículos 42, 43 y 45 de la Ley federal contra la delincuencia organizada.

⁸⁰ Vid. artículo 137 de la Ley Nacional de Ejecución Penal.

⁸¹ Vid. artículo 141 de la Ley Nacional de Ejecución Penal.

⁸² Vid. artículo 146 de la Ley Nacional de Ejecución Penal. En particular, este artículo prohíbe la aplicación de la medida por criterios de política penitenciaria sobre los delitos que merezcan prisión preventiva oficiosa, conforme al artículo 19 de la Constitución general.

⁸³ Vid. artículo 144 de la Ley Nacional de Ejecución Penal.

El Derecho penal del enemigo: una tendencia imparable de la política criminal mexicana

con la “prohibición de permisos extraordinarios de salida por razones humanitarias⁸⁴.”

En el terreno de la condensación crítica del Derecho procesal penal del enemigo también nos encontramos con métodos de investigación que incluso se desprecupan de tener previsión constitucional. Ese es el caso de los artículos 11 y 11 Bis de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en los que se integra una muy modesta regulación de las actividades del agente encubierto, es decir, del infiltrado policial, y lo que es peor, para llevar a cabo dicho método de investigación ni siquiera es necesario que medie la autorización y vigilancia judicial de la medida, ya que de ello se encargará una autoridad tan parcial como el Procurador General de la República. Además, la regulación de esta figura, junto con la relativa a la entrega vigilada, se extiende al Código Nacional de Procedimientos Penales y, justamente, dentro de las “actuaciones en la investigación que no requieren autorización previa del Juez de control”.⁸⁵ Ello convive con otras técnicas de investigación de reciente incorporación en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, dentro de las que se hallan, por ejemplo, la utilización de medios, instrumentos o herramientas que sean necesarios para la creación de inteligencia; la vigilancia electrónica; seguimiento de personas, y la colaboración de informantes.⁸⁶

No resulta menos llamativo el hecho de que, en términos de los artículos 29, 30 y 31 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se amplíen los alcances del aseguramiento de bienes a aquellos que de una u otra forma puedan tener relación con una persona que se vincule con la delincuencia organizada, pero, además, que dicho aseguramiento pueda realizarse en cualquier momento de la investigación o del proceso penal. Esto quiere decir que, mientras que fuera del derecho de excepción el aseguramiento de bienes constituye una medida cautelar que provisionalmente recae sobre los instrumentos, objetos o productos del delito, así como sobre los bienes en que existan huellas o pudieran tener relación con éste, cuando se trate de personas sobre las que se presuma—fundadamente en función de indicios razonables—que forman parte de la delincuencia organizada, además de esta forma convencional de aseguramiento,

se podrán asegurar los bienes de dichas personas y aquellos respecto de los cuales se conduzcan como dueñas, de la misma forma que aquellos sobre los que se pueda presumir que son propiedad de un miembro de la delincuencia organizada o que éste se conduce como dueño de los mismos.

2.2. Aspectos críticos del Derecho penal del enemigo

Por lo que corresponde al Derecho penal del enemigo, no puedo pasar por alto lo relativo a la noción de delincuencia organizada que contempla el artículo 2° de la ley federal de la materia, por cuanto relaja las exigencias de configuración de la organización criminal y plantea problemas desde el punto de vista del principio de legalidad, lo que se conjuga con la sanción penal que el artículo 4° de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada impone a los miembros o integrantes de la organización. Con respecto a ello, cabe considerar que este precepto dedica dos bloques de sanciones atendiendo a la naturaleza del delito al que se oriente el aparato organizativo, de suerte que incrementa la pena considerablemente cuando se trate de delitos contra la salud; de operaciones con recursos de procedencia ilícita; de trata de personas; de secuestro, y de delitos cometidos en materia de robo de hidrocarburos, y la disminuye en los restantes supuestos. Ambos bloques, a su vez, se fraccionan en cuatro marcos punitivos diferentes, dos de ellos se dedican a los hombres clave de la organización, mientras que los otros dos a los meros integrantes.

Así pues, se aplicará una pena de veinte a cuarenta años de prisión para quien administre, dirija o supervise una organización criminal que se oriente a los delitos considerados en el primero de los bloques a que hecho referencia en el párrafo anterior, misma que disminuye a un marco punitivo de diez a veinte años de prisión para los otros miembros. Conviene no olvidar que el reproche penal que en este caso procede, es autónomo al que se pueda aplicar a cada uno de los miembros por los delitos que se puedan cometer en el seno del aparato organizativo, con lo que quiero poner de relieve que dicha sanción viene dada a un tipo penal de peligro abstracto sobre el bien jurídico “seguridad pública”. Si esto se observa desde el

⁸⁴ Vid. artículo 145 de la Ley Nacional de Ejecución Penal.

⁸⁵ Vid. artículo 251 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

⁸⁶ Vid. artículo 11 Bis. 1 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

punto de vista jurídico-penal, lo esperable sería que la sanción penal disminuyera cuando se trate de actividades abstractamente peligrosas, aunque no de lado que la pena también debe graduarse atendiendo a la importancia del bien jurídico. Valorarlo tiene relevancia, en la medida en que la sanción penal de los hombres clave de la organización viene motivada por la trascendencia de su actividad en un grupo que se conforma de al menos tres personas que, al estar organizadas para la comisión de ciertos delitos, suponen un peligro permanente para el bien jurídico de interés colectivo seguridad pública. A partir ahí debe hacerse una compensación entre la criminalización anticipada y la reacción penal. Dicho esto en otros términos: debe existir una modulación de la sanción penal sobre la base del remoto peligro, peligro que se percibe con motivo de la existencia de la organización, y ello, muy a pesar de que los miembros de ésta ni siquiera hayan dado inicio a la realización de los delitos que forman parte de su programa criminal. Una vez que se realiza dicha ponderación, habrá que acudir al bien jurídico seguridad pública, cuyo carácter difuso parece ser que no lo despoja de la importancia que en él se percibe.⁸⁷

Queda claro que esta ponderación no prevaleció respecto de los otros factores que debieron valorarse al momento de definir la sanción penal que, en el inciso a) de la fracción I del artículo 4º de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se destinó a los hombres clave de los aparatos organizativos dirigidos a la realización de los delitos contra la salud, operaciones con recursos de procedencia ilícita, trata de personas, secuestro y delitos cometidos en materia de robo de hidrocarburos, lo que cabe deducir no sólo del muy elevado nivel de pena mínima, sino también por el amplio margen de discrecionalidad que se confiere al juzgador entre la pena mínima y la pena máxima, que es de veinte años.

Parece evidente que en ello prevaleció la distorsión del sentido del principio de proporcionalidad en los Estados democráticos, anomalía que se combinó con otros factores centrados en intereses políticos y que responden a la percepción social sobre el fenómeno delictivo. Esta última, en efecto, sirve para satis-

facer el protagonismo que exigen aquellos. Comparto las opiniones que avalan la intervención penal en esta clase de supuestos de peligro abstracto, cuestión distinta es que deba suscribir las formas en que ello se realiza. Esto puede plantearse sobre la base del principio de mínima intervención y, más concretamente, recurriendo al carácter fragmentario del Derecho penal, puesto que, por esta vía, el asunto se resuelve verificando la afectación de la conducta al bien jurídico y constatando la importancia percibida en éste, y considero que ambos elementos concurren en el caso de delincuencia organizada. Pero a la par del análisis técnico de la medida, aparecen las valoraciones político-criminales que tienen que ver, entre otras cosas, con los factores criminológicos y el impacto social que los mismos generan, sin que pase inadvertido que el Derecho penal simbólico juega un papel relevante sobre todo en el marco de la persecución penal de la delincuencia organizada.

En cualquier caso, no es posible asumir penas desmesuradas como la que, a estos efectos, se impone sobre los hombres clave de la organización,⁸⁸ lo que se fortalece al realizar una simple comparación entre este delito de peligro abstracto y otro de lesión a un bien jurídico tan relevante como la vida. En particular, en el artículo 307 del Código Penal Federal queda previsto y sancionado el homicidio simple intencional con una pena que va de doce a veinticuatro años de prisión, mientras que el artículo 123 del Código Penal para el Distrito Federal impone al homicidio simple una pena de ocho a veinte años, marcos penales que, al margen de las diferencias que presentan entre sí, son considerablemente menores al que se destina al cabecilla de un grupo criminal que se oriente a la realización de delitos contra la salud, operaciones con recursos de procedencia ilícita, trata de personas, secuestro y delitos cometidos en materia de robo de hidrocarburos. Así las cosas, el inconveniente no estriba en el empleo de la medida, sino en la forma en que se estructura para su aplicación.

Pero todavía falta considerar el dato con el que pretende justificarse la intensificación del rigor punitivo, que no es otro que el derivado de que el grupo se oriente a la comisión de determinados delitos. Con di-

⁸⁷ Sobre ello *vid. supra* cita 28.

⁸⁸ Como tampoco las pena que se imponen a los integrantes de la organización en términos de la fracción II del inciso a) del citado artículo 4, pues en este caso queda contemplado un marco punitivo de 10 a 20 años de prisión. No es menos preocupante la sanción que va de 8 a 16 años para los hombres clave de la organización que recoge la fracción I del inciso b) de este mismo artículo 4 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

El Derecho penal del enemigo: una tendencia imparable de la política criminal mexicana

cha agravación, que responde a un elemento finalístico, se olvida que en materia de delincuencia organizada la reacción penal se soporta por la protección de un bien jurídico diferente al de dichos delitos-fin, de modo que el tipo de injusto cobra su propia vida y esencia atendiendo a la protección de algo tan difuso como la seguridad pública, y no con respecto a la salud pública,⁸⁹ a la licitud de los bienes en el tráfico financiero y en el mercado,⁹⁰ a la libertad ambulatoria,⁹¹ a la libertad y la dignidad humana⁹² o al patrimonio.⁹³ Si quiere respetarse al máximo el Estado de Derecho, la única vía es optar por las exigencias del principio de exclusiva protección del bien jurídico, que lleva a la conclusión de que, en cada caso, se sancione en función del bien jurídico que pueda verse afectado. Esto quiere decir que el bien jurídico no debe ser concebido como una válvula de escape para fundamentar el exceso en la represión penal, sino más bien como un criterio limitador del *ius puniendi*⁹⁴ que, soportado en otros principios garantísticos, como el principio de proporcionalidad en sentido amplio, seleccione las conductas que serán materia de incriminación y la pena que, en función de un muy depurado análisis de las cosas, por lo menos tenga en cuenta la idoneidad o eficacia de la intervención penal, la necesidad de la misma y la proporcionalidad en sentido estricto,⁹⁵ pero, sobre todo, el concepto de dignidad humana. Si se flexibilizan sus alcances, como en el asunto que nos ocupa, está garantizado el aniquilamiento del Estado de Derecho. Esta crónica situación podría explicarse a partir de los delitos contra la salud, por cuanto, en su gran mayoría, éstos son de peligro abstracto, de lo que resulta que, al combinarse delincuencia organizada con este delito fin, se sanciona el peligro abstracto del peligro abstracto. De esta forma, surge una razón más para no avalar un marco punitivo tan dilatado.

De ello se desprende que sería infructuoso acudir al principio de proporcionalidad para fundamentar la incorporación de estos delitos en la citada fracción I del referido artículo 4º, porque el problema de fondo descrito, esto es, el que tiene que ver con el tipo de injusto, llevaría a calificar a la medida como desproporcionada. No hay forma, por consiguiente, de justificar el incremento del rigor punitivo, de manera que efectivamente la cuestión debe resolverse a partir del principio de proporcionalidad, lo que en realidad entraña suprimir la agravación de la sanción penal por carecer de legitimación dadas las deficiencias de base expuestas. Así, toda medida penal que carezca de sustento, incluido el aumento de la pena, será desproporcionada y, en consencuencia, no tiene acomodo en el marco de un esquema genuinamente democrático.

Lo anterior es traído a colación porque, precisamente, para justificar dicha inclusión, o lo que es lo mismo, para sustentar el incremento de la pena sobre los miembros de la delincuencia organizada cuando la organización se oriente a la comisión de ciertos delitos, el legislador mexicano incurrió en el error de invocar el principio de proporcionalidad, mismo que, como sabemos, con la reforma constitucional de 2008 en materia de seguridad y justicia quedó plasmado en el párrafo primero del artículo 22 de la Constitución general de la República a través del criterio que sigue el principio de proporcionalidad en sentido estricto derivado en que “toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”. El problema se halla, como señalé, en la interpretación equivocada del principio de proporcionalidad, y a este respecto conviene recordar que el principio de proporcionalidad, antes que implicar una habilitación al Estado para el exceso o la arbitrariedad, constituye

⁸⁹ Como ocurre con los delitos previstos y sancionados en los artículos 194, 195, párrafo primero y 196 Ter del Código Penal federal.

⁹⁰ Así cabe extraer del artículo 400 BIS del Código Penal federal.

⁹¹ Como fundamentalmente ocurre con los delitos en materia de secuestro; sobre todo si se tiene en cuenta el tipo básico que se integra en el artículo 9 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

⁹² Como mínimo, estos bienes jurídicos quedan bajo la protección de los delitos previstos y sancionados en el Libro Primero, Título Segundo de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos.

⁹³ *Vid.* los delitos previstos en las fracciones I y II del artículo 8; así como las fracciones I, II y III del artículo 9, estas últimas en relación con el inciso d), y el último párrafo de dicho artículo, todas de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos Cometidos en Materia de Hidrocarburos.

⁹⁴ En este sentido, Caruso Fontán, M. V./Pedreira González, F. M., *Principios y garantías...*, cit., pp. 186 y 188; Hassemmer, W., “¿Puede haber delitos...”, cit., pp. 98 y ss.

⁹⁵ Sobre ello *vid.*, extensamente, Aguado Correa, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, EDERSA, Madrid, 1999, pp. 149 y ss.

un límite material al *ius puniendi*. No en vano este principio también es identificado como principio de prohibición de exceso.⁹⁶ Sobre todo por esta vía, el monopolio estatal de la violencia debe ser sometido a un muy riguroso control.

En el asunto que nos ocupa, sin embargo, el legislador mexicano no lo interpreta de esta forma; por lo menos así cabe deducirlo del corto y fugaz proceso legislativo que culminó en las importantes reformas de que fue objeto la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada en junio de 2016. Concretamente, la inserción en el fracción I del artículo 4 de más supuestos que se sancionan con mayor rigor se pretendió soportar en el principio constitucional de proporcionalidad de las penas,⁹⁷ deficiencia que fue tomada sin objeción alguna de la iniciativa que en realidad definió el actual contenido de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.⁹⁸ De todas formas, los argumentos que se dieron en este contexto fueron muy modestos, por no decir que nulos.

No basta, por lo tanto, con sustentar la clasificación de dichos delitos en la fracción I del citado artículo 4 en el principio de proporcionalidad en sentido estricto —la gravedad de la pena debe ser proporcional a la gravedad del injusto—, pues al margen de la ponderación que deba hacerse a dicho fin,⁹⁹ habrá que evitar que la medida se oriente a fines ilegítimos. Con razón se dice que no se trata de atar las manos del legislador, que un Estado social y democrático de Derecho debe contar con un razonable margen de maniobra en el diseño de su política criminal, sino fundamentalmente de establecer unos límites máximos, derivados de la idea del Estado de Derecho y de la dignidad individual, que eviten la irracionalidad y la desmesura.¹⁰⁰ Es más, si se trata de graduar los marcos punitivos, como principio garantístico, la proporcionalidad se opone a

ser desbordada hacia arriba, pero no a ser desbordada hacia abajo.¹⁰¹

Al margen de los factores políticos o criminológicos que conduzcan al legislador a imprimir especial rigor punitivo en el sentido expuesto, lo cierto es que, desde el punto de vista técnico, es posible plantear otra reflexión que demuestra que la medida, por lo menos, es contradictoria. Y es que, desde esta perspectiva de análisis, no veo una razón de peso para aumentar el marco punitivo cuando la organización se oriente a los delitos contra la salud, operaciones con recursos de procedencia ilícita, trata de personas, secuestro y delitos cometidos en materia de robo de hidrocarburos, y disminuirlo en supuestos muy graves como el terrorismo, el terrorismo internacional, la financiación del terrorismo, el acopio y tráfico de armas, pornografía infantil, tráfico de personas, tráfico de órganos o turismo sexual. Por ejemplo, si se opta por dirigir la atención hacia los delitos de terrorismo con el objeto de hacer una comparación con respecto a los delitos contra la salud, se podrá concluir que, objetivamente, la libertad, la vida, la integridad, el patrimonio y la seguridad nacional pueden tener mayor importancia que la salud pública. Frente a ello se podrá sostener que ésta es de interés general para la protección de la salud individual, a lo que cabría responder que, sea como fuere, lo que aquí se sanciona es un mero peligro, mientras que en los comportamientos típicos de terrorismo se reprochan penalmente ataques que no generan menos preocupación para el contexto social, y ello, siquiera sea por el carácter pluriofensivo de la delincuencia terrorista.

Ahora bien, lo anterior no debe entenderse en el sentido de que estoy avalando que se sancione, inclusive en materia de secuestro o en la represión penal antiterrorista, con una pena de veinte a cuarenta años

⁹⁶ Caruso Fontán, M. V./Pedreira González, F. M., *Principios y garantías...*, cit., pp. 197 y ss; Cobo del Rosal, M./Vives Antón, T.S., *Derecho penal...*, cit., pp. 81 y 82.

⁹⁷ Vid. *Diario de los debates de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos*, núm. 30 de 28 de abril de 2016, p. 2179;

⁹⁸ Vid. “Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada”, que fue presentada el 25 de noviembre de 2014 por los Senadores Arely Gómez González, Roberto Gil Zuarth, Graciela Ortiz González, Ana Lilia Herrera Anzaldo, Marcela Guerra Castillo y Blanca Alcalá Ruiz (*Vid. Gaceta del Senado* núm. 59, tomo I, de 25 de noviembre de 2014, pp. 156 y ss; particularmente con respecto al principio de proporcionalidad *vid.* p. 158).

⁹⁹ Sobre la base de factores como la importancia del bien jurídico, la gravedad del ataque o el grado de ataque, esto es, si se trata de lesión o de peligro, la culpabilidad, grado de ejecución y el grado de intervención en el hecho.

¹⁰⁰ Caruso Fontán, M. V./Pedreira González, F. M., *Principios y garantías...*, cit., p. 169. En igual sentido Aguado Correa, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, EDERSA, Madrid, 1999, pp. 285 y 294, cuando refiere que es de carácter constitucional y se puede inferir del valor de justicia del Estado de Derecho, de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y de la dignidad de la persona, constituyendo, por consiguiente, un límite constitucional a la función preventiva de la pena [...].

¹⁰¹ Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo...*, cit., p. 413.

El Derecho penal del enemigo: una tendencia imparable de la política criminal mexicana

a los líderes de una organización criminal; sencillamente, lo que pretendo es demostrar el contrasentido de la regulación penal, que no refleja otra cosa que la visión esquizofrénica que tenemos sobre ciertos delitos. No comparto, por lo tanto, el hecho de justificar la intensificación del rigor punitivo con motivo de un elemento subjetivo del injusto que, por sí mismo, ya justifica la injerencia penal en materia de delincuencia organizada. A este respecto, conviene no olvidar que un elemento determinante para atribuir responsabilidad penal por delincuencia organizada, radica en el hecho de que sus autores tengan como fin o resultado la realización de determinados delitos. En resumen, el principio de proporcionalidad demanda que se apueste por una reducción de esas penas desmesuradas sobre delitos de peligro abstracto que se materializan con meras planificaciones.

En todo esto, tampoco puede pasar inadvertida la identificada como Ley General Antisecuestro, pues en ella queda bien definida la línea de lucha contra el enemigo. Para comprobarlo, basta con remitirse al artículo 9 de esta ley general, en el que se integra una pena para el tipo básico de cuarenta a ochenta años de prisión, misma que sufre un incremento considerable a partir de la configuración de cualquiera de las circunstancias agravantes específicas que se recogen en dos secciones del artículo 10, de modo que en la fracción I de éste la pena de prisión es de cincuenta a noventa años, mientras que en la fracción II se conserva el mínimo de este marco punitivo y se aumenta a 100 años el máximo. Ahora bien, si la víctima es privada de la vida por los autores o partícipes, el marco penal será de ochenta a ciento cuarenta años de prisión. Una vez más, el problema no radica en que se sancionen las manifestaciones más graves de restricción de la libertad, sino en la reacción penal que se destina a esta clase de conductas. El fin de la pena es muy claro: prevención general negativa e inocuidación. También es cierto que ni con el terror penal se ha podido evitar la insostenible situación que vive nuestro país en materia de secuestro, y no es poco probable que el secuestrador se rija, antes que por el miedo a la pena, por la convicción de que el sistema de persecución penal tiene tales deficiencias que podrá sustraerse de la acción de la justicia penal. Ya sabemos, por otra parte, que si se consigue

alguna detención en este contexto, la sentencia garantiza, a través del papel de verdugo que juega el juez, la neutralización de la persona con el cumplimiento integral de la pena.

2.3. La vuelta a la extralimitación

Da la impresión de que la anomalía de sancionar los actos de fundación o constitución de una organización criminal se resiste a desaparecer por completo, tal y como lo demuestra un tipo penal cuya redacción, con un claro sacrificio del principio de taxatividad, viene marcada por la indeterminación. Me refiero al nuevo artículo 2° Bis de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que inserta una fórmula legal poco precisa y susceptible a ser interpretada en al menos dos direcciones, es decir, o bien como acto preparatorio a la comisión de los delitos-fin del artículo 2 de esta ley especial, o bien como un supuesto de represión penal que podría resucitar la figura de “acordar organizarse” que creíamos superada.

Conviene recordar que el 16 de junio de 2016 se publicó una importante reforma a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada,¹⁰² a través de la cual, entre otras cosas, se incorporó ese tipo penal que en principio adquiere los rasgos de un acto preparatorio a la comisión del delito y, básicamente, de la conspiración para delinquir. En concreto, el artículo 2° Bis de esta ley especial establece lo siguiente:

Se impondrá hasta dos terceras partes de las penas previstas en el artículo 4o. del presente instrumento a quienes resuelvan de concierto cometer las conductas señaladas en el artículo 2o. de la presente Ley y acuerden los medios de llevar a cabo su determinación.

A primera vista, la redacción típica sugiere que será punible la conspiración para cometer cualquiera de los delitos-fin (conductas) que configuran a la delincuencia organizada, lo que de todas formas implicaría involución, dado que en los genuinos Estados democráticos la incriminación de los actos preparatorios debe limitarse a un núcleo muy reducido, y una lectura superficial del artículo 2° de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada demuestra que lo que menos se puede predicar de esta regulación penal

¹⁰² Vid. Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 16 de junio de 2016.

es que se ciñe a ese sistema de *numerus clausus*; por el contrario, esa abundante lista de comportamientos delictivos que materializan el elemento tendencial del tipo penal de integración en la delincuencia organizada no ha dejado de crecer. En esta medida, se puede decir que la reforma de junio de 2016 no trajo más que una multiplicación desmesurada y preocupante de la incriminación de los actos preparatorios a la comisión del delito, eso sí, siempre y cuando la locución “cometer las conductas señaladas en el artículo 2°” se refiera a los delitos-fin”. De otra forma, se tendría que asumir el absurdo de centrar la atención en la expresión “conductas que por sí o unidas a otras tengan como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos [...]”, pero también la posibilidad de que con esta nueva medida se pretenda abarcar los actos de “preparar” o “acordar” la conformación de una organización criminal.

Las cosas no se dilucidan si, para interpretar los alcances de este nuevo tipo penal, se recurre al proceso legislativo que siguió su creación. Inclusive se puede decir que la confusión se agudiza cuando se busca la respuesta en los argumentos que, desde el inicio, soportaron su inclusión en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Y es que la posible rectificación de los errores de fondo que traía la medida penal desde la iniciativa que la propuso¹⁰³ no se dejó ver con claridad en el proceso legislativo que se tuvo que llevar a cabo con celeridad para conseguir que, antes del 18 de junio de 2016, se publicara el considerable paquete de reformas de que fue objeto el contenido de esta Ley especial. Sí, como siempre, tarde, al vapor y con poca fortuna.

En correspondencia con ello, cabe considerar que la iniciativa que planteó la incorporación del delito que ahora se prevé y sanciona en el artículo 2 Bis de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, empleaba una redacción que no permitía deducir que se enfocaba en la sanción de los actos preparatorios a la comisión de los delitos-fin, puesto que hacía referencia a las actividades de “acordar” o preparar la comisión del delito de delincuencia organizada”,

de lo que solamente es posible extraer que con esta medida penal se pretendía abarcar conductas afines a los delitos de “creación” o “fundación” de una organización criminal. En efecto, si bien con una interpretación muy forzada, dada la deficiencia jurídico-penal que presentaba la redacción que ofrecía la propuesta inicial, era más factible entender que la cuestión se orientaba a revivir la figura de “acordar organizarse” que, en 2009, ya habíamos conseguido eliminar de nuestro sistema de represión penal contra la delincuencia organizada. Más aún: lo único que era posible interpretar es que la iniciativa se refería, aunque con un grave error de técnica jurídico-penal, a los actos tendentes a la creación de una organización criminal. Ciertamente, llamar a las cosas por su nombre tiene especial relevancia, expresión que resulta inobjetable cuando nos encontramos con propuestas como la que a continuación se reproduce:

Artículo 2° bis- Se sancionará hasta con la mitad de las penas previstas en el artículo 4 de esta Ley a quienes acuerden o preparen con dos o más personas la comisión del delito de delincuencia organizada y determinen los medios para ello.¹⁰⁴

El hecho de que este texto de la iniciativa conjugara los verbos “acordar” o “preparar” con la expresión “comisión del delito de delincuencia organizada”, no sugería otra cosa que un enfoque en la actividad organizativa del aparato criminal, y no con respecto a los delitos-fin. Para evitar confusiones, la redacción debió hacer mención a los delitos que se encuentran dentro del catálogo del artículo 2° de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, esto es, aquellos a cuya comisión debe encaminarse la organización delictiva para que se configure delincuencia organizada. Es verdad que ya en el Dictamen (de primera lectura) de las Comisiones Unidas de Justicia y Estudios Legislativos del Senado de la República —que fue la cámara de origen— se mejoró la redacción del artículo 2 Bis de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada,¹⁰⁵ de hecho, éste fue el contenido que finalmente entró en

¹⁰³ Me refiero a la “Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada”, que fue presentada el 25 de noviembre de 2014 por los Senadores Arely Gómez González, Roberto Gil Zuarth, Graciela Ortiz González, Ana Lilia Herrera Anzaldo, Marcela Guerra Castillo y Blanca Alcalá Ruiz (*Vid. Gaceta del Senado* núm. 59, tomo I, de 25 de noviembre de 2014, pp. 156 y ss).

¹⁰⁴ *Idem*, p. 165.

¹⁰⁵ *Vid. Diario de los debates de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos*, núm. 30 de 28 de abril de 2016, pp. 2141, 2142 y 2193.

El Derecho penal del enemigo: una tendencia imparable de la política criminal mexicana

vigor el 16 de junio de 2016; no es menos cierto que ello no elimina el desconcierto que provoca el intento de hacer una interpretación por la vía de su redacción legal. Es más, ni siquiera es posible precisar los alcances de la medida penal acudiendo a los fundamentos que se invocaron en el proceso legislativo que llevó a su incorporación.

Aquí el problema radica en definir a qué se refiere el texto vigente con la expresión “conductas señaladas en el artículo 2° de la presente Ley”, porque la imprecisión es de tal envergadura que puede llevar a que se busque la salida en las actividades dirigidas a la “creación de una organización de hecho”, pero también a que se opte por las conductas delictivas fin e inclusive no es posible descartar que surja alguna interpretación que pueda llegar a considerar las “conductas que por sí o unidas a otras tengan como fin o resultado [...]”. Ante tal situación, se podría decir que la lógica conduce a los delitos-fin, sin embargo con ello se estaría dejando de lado el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad penal, mismo que, conforme a nuestro régimen constitucional, se plasma en la prohibición de imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.¹⁰⁶ Se sobrepone, en efecto, el mandato de certeza¹⁰⁷ o de taxatividad,¹⁰⁸ o si se quiere, el derecho fundamental de exacta aplicación de la ley en materia penal,¹⁰⁹ según el cual, el legislador viene obligado a la máxima concreción, precisión y claridad posibles en la construcción legislativa, lo que siempre repercutirá en la labor del órgano jurisdiccional, porque es evidente que el trabajo de aquél debe delimitar con especial claridad el sentido de los tipos penales para evitar la arbitrariedad del Estado a través de la actividad de éste, es decir, del juzgador.¹¹⁰

Con razón se pone de relieve que este derecho fundamental no se limita a ordenar a la autoridad jurisdiccional

que se abstenga de interpretar por simple analogía o mayoría de razón, sino que es extensivo al creador de la norma. [...] al legislador le es exigible la emisión de normas claras, precisas y exactas respecto de la conducta reprochable, así como de la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito; esta descripción no es otra cosa que el tipo penal, el cual debe estar claramente formulado. Para determinar la tipicidad de una conducta, el intérprete debe tener en cuenta, como derivación del principio de legalidad, al de taxatividad o exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación de la ley. Es decir, la descripción típica no debe ser de tal manera vaga, imprecisa, abierta o amplia, al grado de permitir la arbitrariedad en su aplicación.¹¹¹

Está claro que ese mandato de determinación no se cumple en el caso de la descripción típica del artículo 2 Bis de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, pues no es posible enterarse de cuál será la conducta punible, cuestión que abre la puerta a la aplicación por analogía o por mayoría de razón, esto es, a la inseguridad jurídica. En esta medida, el destinatario de la norma queda a expensas de la interpretación del juzgador. Frente a ello se podrá sostener que la solución puede encontrarse en el proceso legislativo que llevó a la creación del tipo penal, sin embargo, cabe observar que en los dictámenes que se emitieron en ambas Cámaras únicamente se reprodujeron los argumentos que de raíz traía la propuesta inicial, tal y como lo demuestra el hecho de que hasta el final en ellos se sostuviera que se coincidía en la necesidad de “tipificar la participación que se tiene en un grupo delictivo, específicamente aquella relacionada con el acordar o preparar la comisión del delito de delincuencia organizada, y además determinen los medios para ello”. Por lo tanto, por esta vía no es posible extraer los criterios legislativos que den luz sobre el alcance del tipo penal.

¹⁰⁶ *Id.* tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁰⁷ Cfr. Kuhlen, L., “IX. Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de analogía”, AA. VV. en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, traducción de Nanze, A., Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 156, 157 y 158.

¹⁰⁸ Cfr. Caruso Fontán, M. V./Pedreira González, F. M., *Principios y garantías...*, cit., p. 169.

¹⁰⁹ Cfr. Primers Sala, Tesis 1a./J. 133/2011 (9a.), jurisprudencia constitucional-penal, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, diciembre de 2011, Tomo 3, p. 2118.

¹¹⁰ Cfr. Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis X.2o. J/22, jurisprudencia penal, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo II, mayo de 2008, p. 879.

¹¹¹ Cfr. Primera Sala, Tesis 1a./J. 54/2014 (10a.), jurisprudencia constitucional, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 8, julio de 2014, Tomo I, p. 131. En similar sentido *vid.* Pleno, Tesis P./J. 100/2006, jurisprudencia constitucional-administrativa, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIV, p. 1667.

A esto hay que añadir que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que también sirvió de referente para incorporar la medida, no fue interpretada correctamente, dado que ni siquiera se identificó en su contenido la disposición adecuada, siendo que si en realidad se trata de un acto preparatorio a la comisión de los delitos-fin se debe invocar el subinciso i) del inciso a) del artículo 5 de este instrumento jurídico internacional, y no, como se hizo en el proceso legislativo, el subinciso ii) del inciso a) del apartado 1 de este mismo artículo 5, y ello, por la elemental razón de que en éste en realidad se recoge la figura del “integrante” de la organización criminal. Ciertamente, otro problema al que se enfrenta este nuevo tipo penal es de base y tiene que ver con un error de apreciación sobre la medida de Derecho penal internacional a partir de la cual se pretende sustentar su creación.

Por donde se mire, el artículo 2 Bis de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada es una clara manifestación del Derecho penal del enemigo. Si con él se sancionan los actos preparatorios a la comisión de los delitos fin no disminuye la preocupación, pero ésta se muestra con mayor contundencia cuando ni siquiera podemos definir cuál es la naturaleza jurídica de dicho tipo penal, esto es, si se trata de un acto preparatorio o si, por el contrario, criminaliza los actos de acordar o preparar la constitución de una organización criminal. En cualquier caso, la indeterminación converge en el Derecho penal del enemigo.

2.4. Aspectos críticos del Derecho penal militar

Las cosas no mejoran en un ámbito que, por su propia naturaleza, se desarrolla paralelamente al civil, como ocurre con el de la justicia militar. Es más, se puede afirmar que el esquema de represión penal propio del enemigo se proyecta con especial intensidad en este marco de regulación, cuestión que puede comprobarse si se acude a los artículos 275 Bis y 275 Ter del Código de Justicia Militar, por cuanto en estos preceptos se contemplan supuestos de tratamiento penal y procesal penal que recaen sobre los militares que tengan relación con la delincuencia organizada.

En un capítulo al que denomina “Traición a las fuerzas armadas”, el Código de Justicia Militar se remite al concepto de delincuencia organizada del artículo 2° de la Ley federal de la materia,¹¹² pero ello, a los efectos de interpretación de un cúmulo de tipos penales que dedica a esta forma de criminalidad. Concretamente, en el artículo 275 Bis se contempla una figura delictiva que ya tiene su propio tratamiento en los artículos 2 y 4 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que no es otro que el de integración o pertenencia a la estructura organizativa que describe el primero de estos preceptos. En este caso, se trata de un comportamiento que solamente puede agotarse a partir de autoría directa o material, pues el núcleo típico de la acción se reduce al verbo rector de pertenecer dolosamente a una agrupación delictiva,¹¹³ lo que, si bien se configura con un acto instantáneo, en todo caso deberá verificarse la adherencia y disponibilidad del autor para el desarrollo del programa criminal objetivamente pretendido por la organización.

Parece ser que esta descripción típica tiene su correlato en el referido artículo 275 Bis, que impone una pena, sí, como se oye, de “treinta a sesenta años de prisión” para el militar que se incorpore a la delincuencia organizada, incriminación que, por mucho que pretenda justificarse a partir del concepto de disciplina militar y sobre la base del vínculo que la persona tenga con ésta, al menos es de muy dudosa legitimidad material. En esta medida, debe enfatizarse que, tratándose de delincuencia organizada, se pone en peligro un bien jurídico de interés colectivo para todos los sectores y fueros de la población mexicana, de suerte que será la Federación la que deba encargarse de la investigación, acusación y enjuiciamiento de toda persona que tenga vínculos con la delincuencia organizada. Ahora bien, si se invoca el razonamiento de que, sin perjuicio de ello, la justicia militar debe intervenir por tratarse de militares, entonces, se estaría incurriendo en una muy grave vulneración al principio *ne bis in idem*. Este principio, de consagración universal y que reconoce nuestra Constitución Federal en su artículo 23, constituye un derecho humano de contenido procesal del que no

¹¹² Vid. último párrafo del artículo 275 Bis del Código de Justicia Militar.

¹¹³ Vid. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, Tesis II.2° P.J/1(10ª), Jurisprudencia penal, Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXII, julio de 2013, tomo 2, pág. 1178; Plenos de Circuito, Tesis: PC.II. J/3 P (10a.), Jurisprudencia, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 7, Tomo II, junio de 2014, p. 1084.

El Derecho penal del enemigo: una tendencia imparable de la política criminal mexicana

puede ser despojado el ser humano, huelga decirlo, sea o no militar.

Sin embargo, esta vertiente procesal de la *ne bis in idem*, que textualmente reconoce el artículo 23 de la Constitución federal, también tiene su significación material, esto es, su proyección en el ámbito estrictamente penal que corporiza, por lo tanto, el principio material de que “nadie debe ser castigado dos veces por la misma infracción”. De este modo, se trata de evitar la duplicidad en la incriminación por supuestos idénticos por lo que se refiere al sujeto, al hecho mismo y su fundamento.¹¹⁴ A partir de ahí, se fortalece mi planteamiento con respecto a la pugna que se da entre dos legislaciones paralelas en la que una de ellas es de tal fragilidad que debe ser bloqueada en aras del Estado de Derecho, de suerte que aquí también despliega sus efectos el concurso aparente de leyes penales que, precisamente, da pauta a la aplicación de la norma que mejor se amolde al supuesto del hecho, aunque también es verdad que no es necesario acudir al principio de especialidad dado que, en este contexto, ni siquiera debería ponderar si en asuntos de delincuencia organizada pueden aplicarse las sanciones del Código de Justicia Militar.

Lo anterior debe analizarse desde la óptica del tipo de injusto y, en lo esencial, cuando se cuenta con una ley especial que integra un tipo penal destinado a la protección de un bien jurídico de titularidad colectiva que se aplica a un caso concreto que en él encaja, quedando hasta ahí limitado el Estado para tener injerencia penal. Si por el contrario se argumenta que también corresponde a la justicia militar conocer de esos hechos en los que participó ese mismo sujeto y a quien ya se le aplicó una pena por ello, está claro que se vulnera el *ne bis in idem*, sin que tenga relevancia alguna, como ya señalé, que se pretenda justificar la intervención por la vía de un contenido de injusto diferente, aunque sólo sea aludiendo a un régimen jurídico y un objeto de protección diferente. En definitiva, se trata de delincuencia organizada, que tiene su propia esencia típica y regulación específica, y en esa dirección debe desplegarse la reacción estatal.

Lo mismo cabe observar de un conjunto de acciones delictivas que se integran en el artículo 275 Ter del Código de Justicia Militar, para las cuales se dedica el mismo rango de pena que va de quince a sesenta años de prisión. De este modo, se sancionan

actividades de muy distinta naturaleza y grado de intervención en el hecho, de tal manera que es posible encontrar, desde actos de participación como la inducción elevada a grado de autoría, pasando por ciertas actividades de colaboración en hechos concretos, hasta diversas formas de omisión.

Bibliografía

- AA. VV., en *Pena y Estado*, dirigido por Juan Bustos Ramírez, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, 1995.
- Aguado Correa, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, EDERSA, Madrid, 1999.
- Bustos Ramírez, J., *Manual de Derecho penal. Parte general*, PPU, Barcelona, 1994.
- Cancio Meliá, M., “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2006.
- Cancio Meliá, M., “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, en *Delitos de organización*, BdeF, Argentina, 2008.
- Caruso Fontán, M. V./Pedreira González, F. M., *Principios y garantías del Derecho penal contemporáneo*, Euro Editores/B de F Ltda., Madrid, 2014.
- Cobo del Rosal, M./Quintanar Díez, M., *Instituciones de Derecho penal español. Parte general*, CESEJ, Madrid, 2004.
- Cobo del Rosal, M./Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- Díez Ripollés, J. L., “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, nueva serie, año XXXV, núm. 103, enero-abril de 2002.
- Feijoo Sánchez, B., “El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho”, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vols. I, coordinado por Cancio Meliá / Gomez-Jara Díez, EDISOFER/EUROS EDITORES/BDF LTDA., Buenos Aires, 2006.
- García Pablos de Molina, A., *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1978.
- García Ramírez, S., *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, Porrúa, México, 2000.

¹¹⁴ Cfr. Cobo del Rosal, M. / Vives Antón, T. S., *Derecho penal...*, cit., pp. 91 y 92

- Gómez-Jara Díez, C., “Normatividad del ciudadano versus facticidad del enemigo: sobre la necesaria orientación de la normativización jurídico-penal”, AA. VV., en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. I, coordinado por Cancio Meliá / Gómez-Jara Díez, EDISOFER/EUROS EDITORES/BDF LTDA., Buenos Aires, 2006.
- Hassemer, W., “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?. AA. VV., en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (traducción de Spínola Tártalo, B.), Marcial Pons, Madrid, 2007.
- Jakobs, G., “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”. AA. VV., en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 2, coordinado por Cancio Meliá/Gómez – Jara Díez, EDISOFER / EUROS EDITORES / B de F Ltda., Buenos Aires, 2006.
- Jakobs, G., “¿Terroristas como personas en Derecho?”, AA. VV., en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 2, coordinado por Cancio Meliá / Gómez- Jara Díez, EDISOFER / EUROS EDITORES / B de F Ltda., Buenos Aires, 2006.
- Jakobs, G., “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, *Estudios de Derecho penal*, traducido por Peñaranda Ramos, E. / Suárez González, C. / Cancio Meliá, M, Civitas, Madrid, 1997.
- Jakobs, G., “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2006.
- Jakobs, G., “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, AA. VV., en *Escuela de verano del Poder Judicial. Galicia 1999*, traducción de Manso Porto, T., CGPJ, 2000.
- Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y Teoría de la imputación*, traducido por Cuello Contreras / Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Jakobs, G., *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, traducción de Manso Porto, T., Thomson/Civitas, Madrid, 2004.
- Jakobs, G., *Pena estatal: significado y finalidad*, traducción de Cancio Meliá, M./Feijoo Sánchez, B., Civitas, Navarra, 2006.
- Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de Cancio Meliá, M. y Feijoo Sánchez, B., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- Kuhlen, L., “IX. Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de analogía”, AA. VV. en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, traducción de Nanze, A., Marcial Pons, Madrid, 2012.
- Malo Camacho, G., *Derecho penal mexicano*, Porrúa, México, 2010.
- Martínez-Buján, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- Merino Herrera, J., *La protección de testigos en el marco de la persecución penal de la delincuencia organizada*, Inacipe/BOSCH, México, 2013.
- Muñoz Conde, F./García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Neumann, U., “Derecho penal del enemigo”, AA. VV., en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. II, coordinado por Cancio Meliá / Gómez-Jara Díez, EDISOFER/EUROS EDITORES/BDF LTDA., Buenos Aires, 2006.
- Ortiz Dorantes, A., *El delito de lavado de dinero*, Porrúa, México, 2011.
- Palma Herrera, J. M., *Los delitos de blanqueo de capitales*, EDESA, Madrid, 2000.
- Pedreira González, F. M./Merino Herrera, J., “EL «Derecho penal del enemigo» como método de lucha contra el narcotráfico”, *Derecho penal mínimo*, núm. 10, octubre de 2012.
- Polaino Navarrete, M./Polaino-Orts, M., “Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos”, AA. VV., en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. II, coordinado por Cancio Meliá / Gomez-Jara Díez, EDISOFER/EUROS EDITORES/BDF LTDA., Buenos Aires, 2006.
- Polaino Navarrete, M./Polaino-Orts, M., *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, Grijley, Perú, 2004.
- Roxin, C., “¿Es la protección de bienes jurídico una finalidad del Derecho penal?, AA. VV., en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (traducción de Ortiz de Urbina, G. I.), Marcial Pons, Madrid, 2007.
- Schünemann, B., “¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insoportables tendencia erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insoportable desantención teórica”, AA.

El Derecho penal del enemigo: una tendencia imparable de la política criminal mexicana

VV., en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. II, coordinado por Cancio Meliá / Gómez-Jara Díez, EDISOFER/EUROS EDITORES/BDF LTDA., Buenos Aires, 2006.

Silva Sánchez, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, BdeF, Argentina, 2010.

Terradillos Basoco, J. M., “Una convivencia cómplice. En torno a la construcción teórica del denominado ‘Derecho penal del enemigo’”, AA. VV., en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. II, coordinado por Cancio Meliá / Gómez-Jara Díez, EDISOFER/EUROS EDITORES/BDF LTDA., Buenos Aires, 2006.

El nacimiento de la genética forense

Pablo Mora Díez

Fiscalía Provincial de Huelva

RESUMEN: Los numerosos avances científicos en el campo de la genética forense, aplicados al proceso penal, han supuesto un importante avance del mismo, dando lugar a un proceso más objetivo, racional y respetuoso con los derechos fundamentales, tal y como se refleja en los primeros casos en los que se aplicó esta prueba de ADN.

PALABRAS CLAVE: ADN, proceso penal, derechos fundamentales, jurisprudencia, caso Pitchfork.

ABSTRACT: Major scientific advances in forensic genetics applied to criminal procedures have led to important progresses in the matter, resulting in a process which is more objective, rational and respectful of fundamental rights, as reflected in the first cases in which this DNA test was applied.

KEY WORDS: DNA, criminal proceedings, fundamental rights, jurisprudence, Pitchfork case.

Rec: 12-01-2017 | Fav: 03-03-2017

Tal y como afirma Dolz Lago¹ podemos definir la prueba pericial de ADN como el “paradigma de la prueba científica”, pues la aparición de pruebas de carácter científico tales como la propia pericial de ADN, la pericial lofoscópica, o el análisis de sangre, entre otras, han contribuido decisivamente al nacimiento y desarrollo del Derecho penal moderno y a la superación de pruebas prohibidas tales como la tortura, que reinó en el proceso penal durante siglos como prueba instrumental básica para obtener la confesión. De ahí la importancia de la prueba pericial de ADN cuyo nacimiento, sin duda, hay que celebrar y cuyo desarrollo ha contribuido decisivamente a la consolidación de un Derecho penal ajustado a los

principios del Estado de Derecho y también, sin duda alguna, a la realización efectiva del principio de búsqueda de la verdad material, que constituye otro pilar esencial en el cual debe asentarse un Derecho penal eficaz, justo y respetuoso con los derechos fundamentales de las personas.

Por tanto, no sobra subrayar aquí que los antecedentes históricos de nuestro moderno proceso penal, no tan lejanos, se encuentran en el proceso inquisitorial. Frente al sistema acusatorio romano, el Derecho canónico de la Edad Media —siglo IX, causas sinodiales— pasó por la Inquisición, al *ius commune europeo* en los siglos XI y XII y se manifiesta así en la Europa continental de la época.

¹ Dolz Lago, M. J., “La prueba penal de ADN a través de la jurisprudencia. Una visión práctica y crítica”, Wolters Kluwer. 2016. p. 33.

El nacimiento de la genética forense

En este sentido, reitero la idea de que el progreso de la ciencia contribuye a la modernización de un proceso penal de corte democrático, lo cual no puede expresarse mejor que en la rica prosa legal de Alonso Martínez, que en la Exposición de Motivos de la LECRIM de 1882 señala que

Inútil sería rendir culto a los progresos de la ciencia, rompiendo con el procedimiento escrito, inquisitivo y secreto, para sustituirle con los principios tutelares de libertad, de contradicción, igualdad de condiciones entre las partes contendientes, publicidad y oralidad, si el testigo, cuyas primeras impresiones ha recogido calladamente el Juez instructor trasladándolas a los autos con más o menos fidelidad, se presentara en el acto del juicio delante del Tribunal sentenciador y del público que asiste a los debates cohibido y maniatado por el recuerdo o la lectura de sus declaraciones sumariales. Medroso de la responsabilidad criminal que podría exigírsele a la menor contradicción, en vez de contestar con soltura y perfecta tranquilidad a las preguntas del presidente, del ministerio público y de los defensores, limitaría a ratificar pura y simplemente sus declaraciones, convirtiéndose entonces su examen en el acto solemne del juicio en vana formalidad. Si no han faltado escritores distinguidos y juristas eminentes que al analizar las condiciones del procedimiento inquisitivo han censurado acerbamente que se obligara a los testigos del sumario a ratificarse en el plenario con la seguridad de ser castigados como perjurios en caso de apartarse en la diligencia de ratificación de la que antes habían declarado; si esta fundadísima crítica iba dirigida a un sistema en el que el sumario era el alma de todo el organismo procesal, por no decir el proceso entero, tratándose en la hora presente de un método de enjuiciar en el cual el sumario es una mera preparación del juicio, siendo en éste donde deben esclarecerse todos los hechos y discutirse todas las cuestiones que jueguen en la causa, no es posible sostener aquella antigua legislación, tan inflexible y rigurosa, que, sobre anular la libertad y espontaneidad de los testigos, expuestos a una persecución originada en una traducción infiel de su pensamiento, pugnaría hoy abiertamente con la índole del sistema acusatorio y con la esencia y los altos fines del juicio público y oral².

Voy a destacar también aquí el carácter ambivalente de la prueba de ADN, que permite determinar

tanto la propia culpabilidad de un acusado, como acreditar la inocencia del mismo. He ahí su importancia. La aparición de la prueba pericial de ADN ha permitido la revisión de múltiples casos, ya enjuiciados en torno a los años 60-70 principalmente, pero que esta prueba científica, como prueba objetiva por antonomasia, ha dado lugar a su revisión. A este respecto, subrayar que existe en EE UU un programa específico dirigido a costear los gastos derivados de la práctica de las nuevas pruebas de ADN: *Postconviction DNA Testing Assistance Program*. Así también el Proyecto *Innocence* en EE UU y Canadá, aglutina a fiscales, abogados, jueces, profesores universitarios y políticos de distinto tipo, así como ciudadanos anónimos, que persiguen demostrar la inocencia de personas condenadas cumpliendo prisión y que siempre han defendido su inocencia. El análisis de ADN es también aquí prueba clave para este tipo de complejos y costosos procesos de revisión.

Afirma también Dolz Lago que “En cuanto a la prueba del proceso penal moderno, básicamente, en nuestro sistema, estos caracteres son: el de legalidad, licitud y suficiencia, que se enmarcan en el derecho fundamental a la presunción de inocencia ex artículo 24.2 CE”.³ Se convierte así la prueba pericial de ADN, desde su nacimiento, en una prueba legal, lícita y suficiente, que contribuye claramente a dotar al proceso penal moderno de un carácter lógico y que se adecua a las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

Esta importancia se refleja también en las revistas de mayor prestigio: en 1985 el doctor Alec Jeffreys, en la revista *Nature* tituló un artículo “Las huellas dactilares de ADN revolucionarán la biología forense”. Los investigadores de la Universidad de Leicester (Reino Unido) habían descubierto una nueva forma de identificar a los individuos: la huella de ADN. El hallazgo de los científicos británicos demostraba que la cadena de ADN que compone nuestra información genética presenta ciertas zonas repetitivas, pero que difieren en su tamaño entre una persona y otra. “Cualquier combinación particular de segmentos es tan única como una huella dactilar”, explicaba Jeffreys. Un artículo de la revista *Endeavour* calificaba al perfil de ADN como un “patrón de oro”.⁴

² Exposición de Motivos de la LECRIM de 14 de septiembre de 1882.

³ Dolz Lago, M. J., ob. cit., p.51.

⁴ Hombreiro Noriega, L., *El ADN de Locard. Genética forense y criminalista*, Editorial REUS, 2013, p. 308.

Como antecedente inmediato de la genética forense podemos citar el descubrimiento de los grupos sanguíneos en el año 1900 por Karl Landsteiner.⁵ Pronto esta técnica fue utilizada en el análisis de vestigios biológicos de interés criminal, como manchas de sangre. La aparición de polimorfismos proteicos y enzimáticos de eritrocitos y leucocitos supuso, principalmente a partir de 1980, que se dispusiese de marcadores más informativos y objetivos. Estos marcadores genéticos presentaban grandes limitaciones cuando se trataba de analizar muestras degradadas o en minúscula cantidad, lo que sucede con mucha frecuencia en el trabajo forense. En la mayor parte de los casos criminales los genetistas forenses poco o nada podían decir sobre la persona a la que pertenecía el vestigio.

Ésta era la situación cuando se descubren en la década de 1980 los polimorfismos del ADN. El polimorfismo genético hace referencia a la existencia en una población de múltiples alelos de un gen. Es decir, un polimorfismo es una variación en la secuencia de un lugar determinado del ADN entre los individuos de una población.

Finalmente, el análisis de polimorfismos de ADN mediante la reacción en cadena de la polimerasa (*polymerase chain reaction* o *PCR*) solucionó muchos problemas ya que de una cadena única se pueden hacer millones de copias, de modo que el producto pudo ser fácilmente analizado. Cuanto mayor sea el número de marcadores utilizados, menor será la probabilidad de encontrar dos individuos con el mismo patrón de polimorfismos para dichos marcadores. Los polimorfismos analizables por PCR antes de ser aceptados para la práctica forense deben cumplir una serie de requisitos y pasar sucesivos controles de validación. En 1993 el doctor Kary Mullis recibió el premio Nobel de Química por este descubrimiento (PCR), que le llevó a afirmar “Antes de la PCR, el DNA era largo y fibroso, en absoluto molecular... Yo había resuelto uno de los principales problemas de la química del DNA en un solo paso: abundancia y distinción”.

También el descubrimiento de los minisatélites o STRs en 1989,⁶ abrió enormes posibilidades. Sus ven-

tajas eran notables ya que ofrecían junto a pequeños tamaños (y por lo tanto más resistencia a la degradación), un buen poder de discriminación y facilidades para ser amplificados de forma simultánea con PCR multiplex.

De este modo, en la actualidad, la analítica del ADN consta de cuatro pasos fundamentales: la extracción del ADN, la cuantificación, la amplificación y el genotipado, y cualquiera de estos cuatro pasos puede robotizarse si no totalmente, al menos parcialmente.

Con carácter previo a tratar los primeros casos resueltos utilizando la genética forense, debemos referirnos previamente al nacimiento de las ciencias forenses en general, y la criminalística. En efecto, no puede entenderse el nacimiento de la genética forense sin entenderlo dentro del campo más amplio de la criminalística.

Y no podemos hablar del nacimiento de la criminalística sin citar un nombre: Eugène François Vidocq,⁷ nacido en Francia el 24 de julio de 1775 quien, en el transcurso de pocos años, pasó de ser un famoso criminal al policía más respetado de Francia, y que encierra, sin lugar a dudas, una de las historias más apasionantes en materia de la lucha contra el crimen. Entre 1813 y 1827 dirigió la *Surêté Nationale*. A él se deben importantes aportaciones a la criminalística, especialmente la creación de registros antropométricos de criminales, la introducción de los estudios de balística, el uso de moldes para la toma de huellas, entre otras. Sin duda, recordamos este personaje al escuchar la afirmación de Joseph Fouché “Para ser un buen investigador hay que ser en potencia un buen criminal”.

No sobra tampoco hacer referencia al libro fundacional de la criminología *De los delitos y de las penas* de Cesare Beccaria, publicado en 1764, que propone la racionalización de la ley y el desarrollo de las cárceles, entre otras novedades de gran calado.

No hay duda de que, dentro de la criminología, la técnica de la huella dactilar mantiene algunos caracteres similares a la identificación por ADN. No sobra por tanto hacer una breve referencia a esta

⁵ Landsteiner, K, “Zur kenntnis der antifermetatien, Iytischen und agglutinierten Wirkungen des Blutserums und der Lympe. Zentralbe Bakterio”, 1900, p. 357.

⁶ Weber JI, May Pe. “Abundant class of human DAN polymorphisms which can be typed using the polymerase chain reaction”, 1989, p. 388.

⁷ Cardini, F. “Eugène François Vidocq. De criminal a investigador criminal”. Artículo publicado en el *Criminal Investigation Newsletter*, 2007.

El nacimiento de la genética forense

prueba dactiloscópica que mantiene características tan paralelas a la prueba de ADN y que tiene como precedentes inmediatos, desde el punto de vista identificativos: el año de 1880 cuando en la prestigiosa revista científica *Nature* Henry Fauld propone la huella dactilar por primera vez como método de identificación de delincuentes.⁸ En el número de 28 de octubre de 1880 proponía que se empleasen las “huellas digitales de sangre o las impresiones en cristal, arcilla etc.” para la “identificación científica de criminales”, y también proponía que se creasen archivos de “las inalterables crestas de los dedos de criminales importantes”. También podemos destacar el uso que hizo William Herschel de la huella dactilar para identificar actas y documentos en la India, aunque éste no le dio una aplicación propiamente en la esfera criminológica.⁹ En el ámbito policial, esta técnica apareció por primera vez en la India, sobre la base de las ideas de Francis Galton y su obra *Finger Prints*¹⁰, de manos del inspector jefe Edward Henry, quien más tarde pondría en marcha el primer Departamento de Huellas Dactilares de Scotland Yard, con gran éxito. También podemos destacar las contribuciones de Azizul Haque, dirigidas a simplificar el sistema de clasificación y sistematización de la huella dactiloscópica. La prueba dactiloscópica sigue teniendo una gran relevancia en la actualidad como método sencillo y fiable de identificación criminal y no puede dejarse de considerar también como un precedente inmediato de la prueba de ADN, tanto por sus múltiples coincidencias en el campo de la identificación, como por la propia creación de bases de datos de huellas dactilares, las cuales mantienen importantes paralelismos con las modernas bases de datos de ADN.

También mantiene paralelismos con la prueba de ADN otras ramas de la criminalística como la balística forense. Fue Victor Balthazard “el primero en formular la nomenclatura de los diversos elementos del arma que imprimen su huella en la bala o el casquillo, y observó que, incluso en una fabricación en serie y con el mismo utillaje, en su aspecto varía hasta el punto de permitir la identificación”.¹¹ La balística forense

también ha dado lugar a ficheros, similares a las bases de datos de ADN, con las características de cada una de las marcas de armas fabricadas. Los iniciadores de estos archivos fueron los norteamericanos Goodard y White.¹²

Podemos entrar ya sin más dilación a analizar el primer proceso penal en el que se usó la técnica de la prueba de ADN. Hay que destacar, con carácter previo, que la primera vez que se usó la técnica de ADN en un proceso judicial, fue en un litigio sobre inmigración ilegal, para determinar los antecedentes británicos de un menor nacido en Ghana. No obstante, en un proceso penal propiamente dicho, la prueba de ADN fue usada por vez primera en el siguiente caso: se trata del caso *Pitchfork*, que fue resuelto en primera instancia mediante sentencia de 22 de enero de 1988 dictada por la *Crown Court at Leicester*, la cual fue recurrida. El recurso fue resuelto por *The Royal Courts of Justice of England and Wales* a través de sentencia de fecha 14 de mayo de 2009.

En cuanto a los hechos probados, aparecen descritos en esta sentencia, cuando menciona:, de 14 de mayo de 2009 y dice “El apelante nació en marzo de 1960. Su condena en 1988 fue consecuencia de una serie de delitos sexuales, dos de los cuales terminaron en asesinato. Hemos leído un número de declaraciones que nos ha hecho darnos cuenta del dolor de por vida de las familias de las dos víctimas de asesinato. Su sufrimiento es desgarrador. En febrero de 1979, una tarde, una colegiala de 16 años iba de vuelta a casa y fue atacada por el apelante. Apareció tras ella, la arrastró a un campo cercano, le quitó la ropa y bajó su mano hacia la parte de delante de sus vaqueros. En la aparente creencia de que alguien se estaba acercando y podía descubrirle, de repente, desistió y huyó. Casi cuatro años más tarde, en noviembre de 1983, una chica de 15 años, Linda Mann salió de su casa para ir a visitar a una de sus amigas. Mientras caminaba cerca de un sendero, se encontró con el apelante. Se le puso por delante y la apartó del sendero. La atacó, quitándole la ropa de cintura para abajo. La violó y después la estranguló hasta la muerte con su propia bufanda. Mientras esto sucedía, su coche estaba apar-

⁸ Beavan. C. *Huellas dactilares: Los orígenes de la dactiloscopia y de la ciencia de la identificación criminal*. Editorial Alba. 2003. Pág. 16

⁹ Sobre este aspecto ver la obra de Herschel, W. *The origin of Fingerprinting*. Oxford University Press. 1916.

¹⁰ Sobre esta temática ver la obra de Galton F. *Finger Prints*. Editorial Macmillan. 1892.

¹¹ Gayet, J. *Manual de la Policía Científica*. Editorial Zeus. 1962. Pág. 81

¹² Moreno González, L. R. *Balística forense*. Editorial Porrúa. 1987. Pág. 17

cado cerca, y su hijo dormía en la parte trasera del vehículo. Muchos años después, cuando se le entrevistó, admitió que la chica estaba aterrorizada, temía por su vida y lo que ‘él la iba a hacer’. En octubre de 1985, otra chica de 16 años caminaba de vuelta a casa, a las 10.30 de la noche de octubre. El apelante se le acercó por detrás. Él sostenía un destornillador contra su cuello diciéndole ‘no hables o te mato’. Se la llevó a una esquina oscura tras unos garajes cerrados. Con un cuchillo en su garganta, cometió violación oral. La dejó en el escenario, amenazándola con que si ella decía algo, volvería y la encontraría. El cuarto incidente tuvo lugar en junio de 1985. Otra chica de 15 años fue la víctima. Fue vista viva por última vez en la tarde del 30 de junio a las 4.30. Se informó de su desaparición ese mismo día horas más tarde. Su cuerpo oculto no fue encontrado hasta el día dos de agosto. Cuando fue hallada, estaba desnuda de cintura para abajo. Falleció por estrangulamiento manual. Estaba claro que había sido una violación particularmente violenta, y probablemente, sodomía, y la propia chica opuso gran resistencia. Había dos importantes hematomas debidos a dos golpes en un lado de su cara, y otro en la frente. Había contusiones debidas a marcas de agarre en la parte de arriba de sus brazos. El patólogo lo describió como ‘un ataque sexual brutal’. El perineo estaba sustancialmente desgarrado. El ano presentaba tres fisuras. Él concluyó que la violación y el estrangulamiento fueron simultáneos, en tanto que no había hematoma asociado al desgarramiento perineal, debía haber continuado tras su muerte”.

El principal sospechoso en un primer momento fue un joven de 17 años llamado Richard Buckland quien, tras un duro interrogatorio, confesó parte de los hechos.

No obstante, la prueba de ADN se aplicó por primera vez en este proceso penal debido a que el Dr. Alec Jeffreys, de la Universidad de Leicester, era vecino de la zona de comisión de los delitos, y en aquel momento estaba desarrollando las técnicas pioneras sobre análisis de polimorfismos de ADN. Así, la Comisión Judicial que investigaba el caso solicitó al Dr. Alec Jeffreys que analizara las muestras de esperma y las comparara con las muestras del sospechoso. Concluyó que ambas muestras de ADN pertenecían a la misma persona, la cual no era Richard Buckland.

La policía solicitó entonces a todos los hombres de la zona entre 13 y 33 años que aportasen una muestra de sangre con objeto de analizar la huella genética. De

esta forma, el primer proceso penal en el que se usó la técnica de ADN fue pionera también en la toma de muestra masiva de ADN entre una población. Aquí hay que subrayar que, en aquella época, las técnicas de ADN permitían detectar, una vez analizada la muestra de semen, su grupo sanguíneo, el cual resultó ser A+, lo que permitió discriminar individuos de entre el grupo de sospechosos.

No obstante que todos los resultados fueron negativos, llegó a oídos de la policía que un hombre llamado Ian Kelly había obtenido 200 libras por haber donado una muestra a su amigo Colin Pichfork, panadero de la localidad. Se procedió a la detención de éste y el análisis de su ADN demostró que era el autor de los hechos.

Fue condenado el 22 de enero de 1988 por el Tribunal de la Corona de Leicester, como culpable de violación y asesinato de dos jóvenes, conspiración y obstrucción a la justicia, y dos atentados al pudor (abuso sexual). Se le impuso cadena perpetua por el asesinato, 10 años de prisión por cada una de las violaciones, 3 años por el delito de obstrucción a la justicia y 3 años por abuso sexual, fijando un término mínimo de 30 años, antes de considerar tan siquiera su liberación. No obstante, la apelación de la sentencia redujo el término mínimo de la condena en 2 años, a 28 años, señalando también que “No podrá ser liberado hasta que la seguridad pública esté garantizada”.

La propia sentencia de 14 de mayo de 2009 dice que “Las técnicas de ADN fueron usadas por primera vez en relación a una importante investigación criminal. Las muestras le ponían en relación con los cuatro crímenes”.

La sentencia recogió también una “personalidad con un desorden de tipo psicopático, acompañado de una grave patología psicosexual”, indicando que “el apelante, continuará siendo un individuo extraordinariamente peligroso, mientras continúe la psicopatología”. Subraya un “riesgo sustancial de reincidencia”, para concluir destacando el mérito de la prueba de ADN y indica que “de no haber sido por los métodos científicos de detección tales como la huella de ADN, usted estaría aún en la calle y otras jóvenes habrían estado expuestas a sus acciones”.

En este punto hay que subrayar de nuevo la importancia del carácter ambivalente de la prueba de ADN, pues en este primer asunto en que se utilizó en un proceso penal, permitió, no solo descubrir al autor, sino también demostrar la inocencia del detenido, el joven Richard Buckland. Y así, por esa época estaba

El nacimiento de la genética forense

en Estados Unidos en prisión Kirk Bloodsworth, quien estando apesado conoció un libro del escritor Joseph Wambaugh que detalla cómo el ADN había sido utilizado para arrestar al culpable de un crimen en Reino Unido.¹³ Bloodsworth, entonces, pensó: “Si uno puede condenar a alguien por el ADN, también puede liberar a alguien por el ADN”. Tras importantes dificultades, logró dar con la evidencia que le permitiría demostrar su inocencia, así como descubrir al verdadero culpable, con el que curiosamente había convivido un tiempo en el propio centro penitenciario. Pasó casi nueve años en prisión (dos de ellos en el callejón de la muerte). Actualmente es uno de los directores de *Witness to Innocence*, una organización de sobrevivientes del callejón de la muerte que aboga por la abolición de la pena capital. Fue el primer condenado a muerte que salvó su vida gracias a esta prueba.

En cualquier caso, Buckland fue la primera persona cuya ausencia de participación en un delito fue demostrada por la técnica de ADN: “No tengo la más mínima duda de que hubiera sido encontrado culpable de no haber sido por la prueba de ADN. Ese fue un acontecimiento digno de recordar”. Así habló, Sir Alec Jeffreys tiempo después al referirse a este hecho.

Unos pocos años más tarde esta novedosa técnica llegaría también a España, donde se dictó la primera sentencia por el Tribunal Supremo en esta materia el 13 de julio de 1992, n° de recurso 489/1990, ponente Ruiz Vadillo, y que resolvía el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 3 de enero de 1990, por la sección Primera de la AP de Zaragoza. La meritada sentencia se enfrentó a un importante reto: la ausencia de regulación específica en esta materia en ese momento, y digo que fue importante, pues no fueron fáciles las cuestiones que plantearon las partes en el procedimiento y sobre las que nuestro Alto Tribunal tuvo que deliberar y resolver.

Los hechos declarados probados fueron los siguientes: una joven estudiante de la Universidad Laboral de Zaragoza, al salir del centro, hizo auto – stop para regresar a su vivienda, accediendo a la solicitud el procesado, que la llevó a un descampado y tras desnudar a la víctima, la penetró vaginal y analmente, eyaculando en ambas zonas, venciendo la tenaz resistencia de la víctima, a la que golpeó repetidamente, estrangulándola

a continuación. Se deshizo de la ropa de la víctima y enterró su cuerpo en los alrededores.

Se sometieron a análisis las muestras de sangre que aparecieron en el vehículo perteneciente al acusado, así como una muestra de secreción vaginal y de contenido rectal de la víctima, los cuales dieron como resultado que los marcadores genéticos de los que era portador el procesado y los encontrados en las muestras de la vagina y el recto de la víctima, tenían una coincidencia absoluta.

El procesado resultó condenado como autor de un delito de violación a 16 años de reclusión menor, por el delito de homicidio a 18 años de reclusión menor y por el delito de inhumación ilegal, a 2 meses de arresto mayor y multa de 60.000 pesetas entre otras, así como la indemnización de 10.000.000 de pesetas a los padres de la víctima. Fue absuelto del delito de asesinato que mantenía la acusación particular.

La sentencia comienza haciendo una serie de consideraciones sobre los límites del ejercicio del derecho de la prueba. Afirma que “El proceso ha servido, en este caso, para alcanzar la verdad histórica o real por medios de absoluta legitimidad y conformes a la Constitución Española y el número de pruebas es tal y su grado de convicción tan completo, ... todos en dirección unívoca, que puede decirse, dentro de la relatividad con la que el Derecho puede hablar y escribir, que esta verdad real o histórica se alcanzó”. Es claro que el Tribunal da aquí la bienvenida en nuestro ordenamiento jurídico, a la prueba de ADN, indicando que ésta ha contribuido de manera determinante a alcanzar la verdad real o histórica. Difícil pensar en una mejor entrada de la prueba de ADN en nuestro Derecho.

La primera cuestión que se planteó en la sentencia fue la petición de la defensa de que comparecieran en el acto de la vista los técnicos especialistas del Instituto Nacional de Toxicología sobre los métodos científicos de la huella genética. Se les pedía que rebatieran los informes que había elaborado la Cátedra de Medicina Legal de la Facultad de Medicina de la Universidad de Zaragoza, pues en este caso fue la Universidad de Zaragoza, y no el INTCF (como es ahora habitual) el que dictaminó sobre esta cuestión. Se dio traslado de esta petición al Instituto de Medicina Legal de Zaragoza cuyos Médicos Forenses

¹³ Sparrow, T., “El primer condenado a muerte que se salvó por su ADN”. Artículo publicado en la *BBC Mundo* el 27 de noviembre de 2013.

dictaminaron que “El procedimiento sobre investigación biológica mediante el análisis de ADN basado en el polimorfismo genético individual, tiene un alto o altísimo poder de diagnóstico individual y, en el caso que nos ocupa, el nivel de positividad fue tan alto que este estudio no aportaría nada nuevo”. Se desestimó así el motivo expuesto por la defensa.

Es de destacar también que la sentencia del TS se refiere a la prueba de ADN como “conclusiones científicas plenamente responsables y serias. Es cierto que el mayor progreso se ha conseguido, a través de las correspondientes evoluciones en este orden de cosas, al poderse descifrar el código genético de la persona humana por un grupo de investigadores estadounidenses de la Universidad de Cambridge, entre cuyos hallazgos, y los actuales en progresión, hay un enlace muy preciso”. La sentencia también se refiere a los “problemas e interrogantes” que plantea la huella genética en los procesos judiciales, de manera que el propio tribunal parece entrever los problemas y conflictos que va a generar esta prueba en su aplicación práctica.

Conviene subrayar también que la sentencia realiza un paralelismo entre la huella genética y la huella dactilar, tal y como expusimos con anterioridad, destacando que “el código genético es expresión de un patrimonio personalísimo [...] en cuya virtud cada persona dispone de una huella genética, como dispone de una huella dactilar, exclusiva y excluyente”.

Finalmente, subrayar que la propia sentencia hace referencia, si bien de manera somera, a la cuestión del consentimiento dado por el procesado para el análisis de las muestras, pues el procesado declaró inicialmente que tenía que consultar con su abogado sobre esta cuestión (análisis de la muestra de semen), poniéndose finalmente a disposición del Tribunal. Se plantea ya aquí toda la problemática relativa al consentimiento del sospechoso y la necesidad de asistencia letrada en la prestación del mismo, que tanta controversia producirá posteriormente tanto en el ámbito académico, como el judicial (ver STS n.º 685/2010, de 7 de julio, ponente Manuel Marchena).

Se puede destacar por tanto de esta primera Sentencia del Supremo, los elogiosos comentarios que dedica a esta pionera prueba, como instrumento básico en el caso concreto para alcanzar la verdad real o histórica.

Como ya se ha hecho mención en varias ocasiones, la prueba de ADN es también prueba importantísima para determinar la inocencia de un acusado o condenado. Y así, podemos hacer referencia también aquí al primer procedimiento penal en España en el que, por vía del recurso de revisión, se declaró la inocencia de los dos condenados, su inmediata puesta en libertad, ordenando asimismo una nueva instrucción de la causa. Se trata de la Sentencia de la Sección 2ª del TS, n.º 789/1997, de 24 de mayo, siendo ponente Manzanares. La sentencia recoge que las muestras de semen halladas en el trozo de pantalón vaquero de la víctima no corresponden a los condenados, recogiendo expresamente que “los adelantos científicos, han permitido finalmente alcanzar unos resultados claros y decisivos, allí donde los conocimientos de 1992 fueron insuficientes para avanzar en un sentido u otro, puesto que no lograron trazar perfil alguno de ADN”.

Por último, en relación al nacimiento de la prueba de ADN en España, destacar que antes de que los laboratorios de análisis genético se instauraran a nivel mundial, el Cuerpo Nacional de Policía poseía un laboratorio de análisis químicos y biológicos. Este laboratorio pertenecía al Gabinete Central de Identificación de la Comisaría General de Policía Judicial. Se realizaban sencillas pruebas como el análisis de grupos sanguíneos de muestras de sangre, su origen humano o animal, etc. Si bien el poder de discriminación de estas pruebas era mínimo comparado con el actual, fue el germen en España de los laboratorios de ADN.¹⁴ Desde un principio, la policía española apostó decididamente por el desarrollo de estas técnicas de huella genética, lo que dio a esta prueba un gran prestigio desde sus comienzos, tanto en el ámbito nacional como internacional.

Vamos a referirnos a continuación a los primeros casos en los que se aplicó el ADN mitocondrial en un proceso penal. Aunque en un principio el estudio de los polimorfismos de ADN se centró mayoritariamente en el análisis de marcadores nucleares, en los últimos años ha cobrado gran importancia también el análisis del genoma ubicado dentro de las mitocondrias. Su importancia deriva en que su modo de herencia, su elevada tasa de mutación y la existencia de miles de moléculas por célula, permite su estudio en aquellas condiciones en las que el material biológico a analizar está en mal estado, degradado o en mínima cantidad. Hay que destacar también que todos los

¹⁴ Hombreiro Noriega, L., *El ADN de Locard. Genética forense y criminalista*, Editorial Reus, 2013, p. 21.

El nacimiento de la genética forense

individuos del mismo linaje materno tienen la misma secuencia de ADNmt, lo que permite un menor nivel de discriminación de individuos que el ADN nuclear. Por esta razón este tipo de material genético suele emplearse en el análisis de pelos sin bulbo, tejido óseo o en muestras muy deterioradas.

El primer caso en que los resultados del análisis de ADNmt fue llevado a un tribunal se produce en EE UU (Estado de Tennessee), en el caso de la violación y asesinato de P. W. Ware, en junio de 1996. En España se produce en el Sumario n.º 2/1995, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Puente Genil, enjuiciado por la AP de Córdoba.¹⁵ De este modo, aunque el ADNmt ordinariamente se utiliza para la identificación de cadáveres a través de restos óseos, también tiene aplicación en el ámbito del proceso penal.

Podemos así decir que, pese a la importante contribución de la prueba de ADN a un proceso penal más eficaz y garantista, ya desde los primeros casos en que se aplicó esta diligencia, son muchos los interrogantes que planteó. Las primeras sentencias que valoran esta diligencia, siendo de hecho pioneras, comienzan ya a esbozar alguna de las cuestiones más relevantes que presentará la prueba de ADN en el proceso, ¿cuáles son?, su gran afectación a derechos fundamentales, la cuestión del consentimiento del afectado para la toma de la muestra y su derecho a la asistencia letrada para la prestación del mismo, la libre valoración del resultado de la prueba por el Tribunal y el principio de probabilidad, su forma de reproducción en el acto de la vista, el acceso del perfil genético del sospecho a la base de datos, el tratamiento de los vestigios abandonados por el sospechoso, y otras cuestiones que van a ser objeto de una fuerte controversia en todo tipo de ámbitos, ya sea judicial, doctrinal y académico.

Podemos concluir afirmando sin temor a equívocos, amén de estas cuestiones, que la llegada de la prueba de ADN al proceso penal ha sido un feliz acontecimiento que ha contribuido decisivamente a un proceso penal más eficaz, garantista y respetuoso con los derechos fundamentales de las personas. La prueba de ADN, como “paradigma de la prueba científica”, supone un gran avance hacia un proceso penal más

científico y objetivo, alejado también de los subjetivismos de la prueba de carácter personal-testifical, que siempre lleva consigo una cierta inseguridad jurídica, pues se dice que “las personas mienten, las pruebas no”. Es una prueba también decisiva en el ámbito del principio de búsqueda de la verdad material o real, pues como reiteradamente he subrayado, permite tanto demostrar la culpabilidad de un sospechoso, como acreditar su inocencia, tal como lo afirmó Edmond Locart, francés iniciador de la criminalística moderna “Los restos microscópicos que cubren nuestra ropa y nuestro cuerpo son testigos mudos, seguros y fieles, de nuestros movimientos y nuestros encuentros”. Los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE, y en concreto, el derecho a un proceso con todas las garantías,¹⁶ quedan reforzados notablemente. Definitivamente su aparición permite dar un paso más en el destierro de un proceso penal de corte inquisitivo y con fuertes connotaciones religiosas y subjetivas, para dar paso un procedimiento de corte científico y racional, pues como dijo el conocido detective Gill Grissom de la serie CSI “Las pruebas más pequeñas, suelen ser las más grandes”.

Bibliografía

- Beavan. C., *Huellas dactilares: Los orígenes de la dactiloscopia y de la ciencia de la identificación criminal*, Editorial Alba, 2003.
- Beccaria C., *De los delitos y de las penas*, Editorial Alianza, 2004.
- Cardini, F., “Eugène François Vidocq. De criminal a investigador criminal”, Artículo publicado en el *Criminal Investigation Newsletter*, 2007.
- Carracedo, A., “La huella genética”, (dir. García Barreno, P.) *50 años de ADN. La doble hélice*, ed. Espasa, 2003.
- Dolz Lago, M. J., *La prueba penal de ADN a través de la jurisprudencia. Una visión práctica y crítica*, Editorial Wolters Kluwer, 2016.
- Galton F., *Finger Prints*, Editorial Macmillan, 1892.
- Gayet, J., *Manual de la Policía Científica*, Editorial Zeus, 1962.

¹⁵ Carracedo, A., “La huella genética”, (dir. García Barreno, P.) *50 años de ADN. La doble hélice*, ed. Espasa, 2003, p. 248.

¹⁶ El artículo 24.2 CE establece que “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

- Gómez Colomer, J. L. (Coordinador), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Editorial Tirant lo Blanch, 2014.
- Herschel, W., *The origin of Fingerprinting*, Oxford University Press, 1916.
- Hombreiro Noriega, L., *El ADN de Locard, Genética Forense y criminalista*, Editorial REUS, 2013.
- Landsteiner, K., “Zur kenntnis der antifermetation, Iy-tischen und agglutinierten Wirkungen des Blutserums und der Lymphe. Zentralbe Bakterio”, 1900.
- Moreno Verdejo, J., “LA prueba genética de ADN. Ámbito de la base de datos. Toma de muestras. Consentimiento y asistencia letrada. Empleo de fuerza”, Ponencia presentada al Curso sobre Genética Forense celebrado en el Centro de Estudios Jurídicos, 2013.
- Moreno González, L. R., *Balística forense*, Editorial Porrúa, 1987.
- Sparrow, T., “El primer condenado a muerte que se salvó por su ADN”, Artículo publicado en la *BBC Mundo* el 27 de noviembre de 2013.
- Weber JI, May Pe, *Abundant class of human DAN polymorphisms which can be typed using the polymerase chain reaction*, 1989.

Ciberterrorismo: la nueva cara de la delincuencia en el siglo XXI. La participación y fomento al delito por órganos de gobierno y empresas

Alberto Enrique Nava Garcés

Profesor investigador del Inacipe.
Miembro del núcleo académico básico del Infotec

RESUMEN: Dada la capacidad que tiene el ciberterrorismo para desestabilizar economías y Estados completos al producir ataques en sistemas informáticos que controlan los más diversos ámbitos, se hace necesario revisar los términos legales que lo delimitan, y más específicamente, los tipos penales que buscan sancionar estas conductas. En México, es indispensable revisar la legislación, ya que ésta indica que para configurar el tipo de terrorismo se requiere la comisión de los hechos por medios violentos; considerando que el ciberterrorismo se apoya en medios electrónicos para cumplir sus objetivos, resulta difícil atribuir responsabilidad, particularmente cuando la autoría podría residir en personas morales, en países ajenos o cuando es inclusive alentada o cometida por los mismos órganos o grupos de poder del Estado.

PALABRAS CLAVE: Ciberterrorismo, ataques informáticos, medios comisivos, estigmatización.

ABSTRACT: Considering cyber terrorism is able to disrupt economies and entire States by producing attacks against relevant information systems, becomes necessary to make a review of the legal terms and, more specifically, of the basic criminal definition in order to sanction this conducts. In Mexico is essential to reform the law, because it establishes as a terrorism requirement that certain conduct has been committed with violence; if cyber terrorism is supported in the use of electronic media it becomes difficult to probe their responsibility, particularly when perpetrators comes from legal entities, from other countries o when the terrorist act has been instigated or committed by powerful people close to government.

KEY WORDS: Cyber terrorism, attacks against information systems, means of commission of the crime, stigmatization.

SUMARIO: 1. Ciberseguridad, economía y ciberterrorismo. 1.1 Concepto, 1.2 Terrorismo según el Código Penal federal (México), 1.3 Los rastros de la investigación, 1.4 Clasificación de los ataques ciberterroristas, 1.5 Participación en el delito, 1.6 Resultado material del delito. 2. Problemas de la responsabilidad de las personas jurídicas y los aparatos organizados de poder. 3. La reforma al Código Penal para el Distrito Federal. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía. 6. Fuentes electrónicas.

Ciberterrorismo: la nueva cara de la delincuencia en el siglo XXI

1. Ciberseguridad, economía y ciberterrorismo

El ciberterrorismo es un concepto utilizado de modo frecuente para referirse a una diversidad de ataques en contra de las comunicaciones, la información y de los sistemas informáticos que la contienen. El tamaño del problema es proporcional al tipo de sistema que puede ser afectado y la dependencia que exista para la continuación de los trabajos diarios.

Las comunicaciones estratégicas, los sistemas de salud, el control aéreo, la videovigilancia, los transportes con sistema computarizado, las armas controladas por sistemas de cómputo, la georreferenciación de vehículos, los objetos que requieren de conexión a la red, las propias redes sociales, los bancos de datos, los sistemas financieros, la telefonía, los mensajes de texto, internet, etc., son solo algunos ejemplos de los objetivos que el ciberterrorismo persigue para su anulación temporal o definitiva.¹

Es por tal motivo que, cuando nos referimos a esta figura en particular, confluyen distintas materias para su estudio: la economía, el Derecho penal, la ciberseguridad, entre las principales (fig. 1).

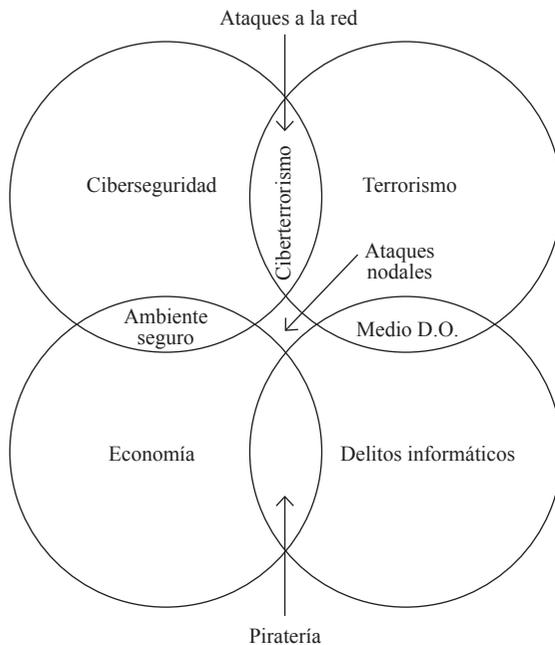


Figura 1

¹ “La Guerra del siglo XXI ya está aquí; daños que provocan las armas cibernéticas (BBC Mundo).- No sabían qué estaba pasando. El equipo se dañaba constantemente, pero la causa era un misterio. Lo reemplazaban, pero volvía a ocurrir.

Transcurrió un año antes de que se descubriera que el problema era que un gusano informático llamado Stuxnet había infectado los sistemas electrónicos de la planta de enriquecimiento de uranio de Natanz, en Irán. Esa era la razón de las fallas que le causaron daños y retrasos al programa nuclear iraní.

El descubrimiento de Stuxnet, en 2010, evidenció que los crímenes cibernéticos podían ir más allá del espionaje y el robo de datos personales con un fin económico: confirmó que se podían ocasionar daños físicos con una motivación política.

“Fue la explotación exitosa del ciberespacio con el objetivo de controlar una serie de procesos industriales para destruirlos de manera remota, sin que mediara ningún tipo de confrontación militar”, indica Lior Tabansky, especialista en ciberseguridad estratégica de la Universidad Yuval Ne’eman, en Israel, en la publicación *Cyber Security Review*.

Y añade: “Demostró cuán sofisticadas y precisas pueden ser las armas cibernéticas“. El incidente en Ivano-Frankivsk, en Ucrania, dejó sin electricidad a 230,000 personas.

Es difícil saber con certeza cuál fue el origen de ese ataque, pero según un artículo del Instituto de Tecnología de Massachusetts (MIT, por sus siglas en inglés), en Estados Unidos, se sospecha que un equipo de expertos israelíes y estadounidenses estuvo involucrado en el incidente.

Esta opinión es compartida por diversos especialistas en seguridad informática.

Este tipo de incidentes, que afectan el funcionamiento de equipos e infraestructuras, es una de las modalidades de ciberataques más peligrosas. En años recientes se han registrado varios de distinta naturaleza. Pero sus consecuencias van más allá del plano físico.

“Aparte del daño concreto, este tipo de eventos tienen un efecto secundario muy importante: el psicológico. A eso se refieren los términos ciberterrorismo y ciberguerra”, le dice a BBC Mundo Graham Fairclough, especialista del Centro de Ciberseguridad de la Universidad de Oxford, en el Reino Unido.

Y explica: “Generan miedo y ansiedad. Se tiene la sensación de que alguien puede hacerte algo y que no tienes la posibilidad de protegerte. El tema del alcance también es importante, en el ciberespacio la distancia física no es relevante. Puedes ser una víctima aunque estés lejos del punto de origen del ataque”.

En este contexto, el individuo pierde confianza en el sistema y en su habilidad para protegerlo.

“Todo lo que funcione con un programa informático puede utilizarse para causar daño, bien sea algo tan sencillo como una nevera o algo mucho más complejo. La clave es el código, que se puede desarrollar o comprar a criminales en internet, los equipos físicos (hardware) se pueden adquirir con facilidad en la red”, señala Fairclough. [...]

Ataque impresionante

Un caso que grafica la sofisticada fusión entre lo físico y lo psicológico es el sorprendente ciberataque que sufrió el sistema eléctrico de Ivano-Frankivsk , una ciudad en el oeste de Ucrania en diciembre de 2015.

Sin ningún tipo de advertencia, los técnicos del centro de control que abastece de electricidad a la zona, perdieron el control de sus computadoras. El cursor del ratón empezó a moverse solo en la pantalla y a desactivar los interruptores que controlan el suministro.

En el primer círculo encontramos lo relativo a la ciberseguridad consistente en el cuidado que tiene un Estado para resguardar la información y las comunicaciones. Por eso, cuando este círculo cruza con la economía, podemos considerar que estamos ante el escenario ideal donde la misma se resguarda. Por el otro lado tenemos los delitos comunes, que cuando cruzan con la economía, afectan esferas económicas o industriales como la intelectual (piratería). Arriba a la derecha, el terrorismo, como figura del Derecho penal, pone en riesgo la ciberseguridad y es exponencialmente más dañina que la delincuencia común, por lo que el cruce de estos círculos lleva a las actividades de la delincuencia organizada y paulatinamente a los sitios que ocupa la *deep web*.

Cuando estos círculos chocan, dan lugar al ciberterrorismo y a los ataques nodales (contra actividades estratégicas para un país).

1.1. Concepto

Acuñar el término ciberterrorismo como la posibilidad de que sean atacados tanto los sistemas de información como las redes de datos o que estos sean utilizados por y para perpetrar actos terroristas, resulta poco afortunado, ya que todos los términos que utilizan el prefijo “ciber” no son del todo exactos en tanto el objeto que pretenden describir.

La cibernética nos remite a una de las áreas más avanzadas en donde interviene la computación,² sin embargo se trata de un proceso de retroalimentación, ya sea mecánico, biológico o electrónico.

A través de la cibernética se busca el control de un proceso, de ahí que su etimología haga referencia a un timonel. La cibernética enlaza a la teoría general de sistemas con el Derecho, cuando éste es visto

como un sistema del que se desprenden (y a la vez lo componen) diversos subsistemas autopoiéticos.

“Dos años antes de que Bertalanffy lanzara su teoría, el matemático Wiener inició sus estudios sobre el control y la comunicación: bautizó su trabajo basándose en el vocablo griego *kybernetes* (arte del timonel). Su obra, *Cybernetics, or control and communication in the animal and machine*, fue publicada en 1948 y expone los temas fundamentales de la nueva disciplina”.³

De esta raíz parte la acuñación del vocablo *iuscibernética*, el cual fue propuesto en 1968 por el profesor italiano Losano. Con este nuevo nombre, Losano pretendía reorganizar todo lo relacionado con la Cibernética y el Derecho, pues la fusión interdisciplinaria, característica de la Cibernética, en el sector jurídico había terminado por transformarse en confusión de disciplinas.

El término *ciberespacio* fue acuñado por el escritor William Gibson (en 1984) y “es una metáfora para describir el terreno no físico creado por sistemas de computadora”.⁴

Lawrence Lessig, en su libro *Code and other laws of cyberspace*, nos indica que

El ciberespacio no es un lugar. Es muchos lugares distintos. La forma de estos muchos lugares no es idéntica. Está conformado de diferentes maneras, esto resulta fundamental. Estas diferencias resultan en parte por la gente que puebla los diversos lugares que lo conforman, pero la situación demográfica no puede por sí sola explicar estas variantes. Hay en el ciberespacio la conjunción de más elementos y variables que día a día lo van creando, modificando. Algo lo hace variable.⁵

Aun cuando se ha adoptado la referencia al ciberespacio como un sinónimo de lo que acontece en la

Los hackers que estaban detrás del ataque sacaron a los técnicos del sistema e impidieron que volvieran a conectarse cambiando sus contraseñas.

¿El resultado? Según un reportaje de la publicación especializada en tecnología *Wired*, 230,000 residentes se quedaron sin luz y sin calefacción durante varias horas. 30 subestaciones fueron apagadas, al igual que dos centros de distribución energética, lo que prácticamente duplicó el número de subestaciones fuera de servicio.

Un evento similar fue reportado en diciembre de 2016, en esta oportunidad en el norte de la capital ucraniana, Kiev.

Funcionarios gubernamentales responsabilizaron a Rusia por ambos eventos, que ocurrieron en el marco del enfrentamiento que existe entre ambos países desde hace aproximadamente tres años, tras la anexión a Rusia de Crimea, una península que se encuentra al sur de Ucrania. http://www.insightmx.com.mx/detallenota.php?id_news=125 consultado el 16 de abril de 2017; 17:30 h

² Cfr. Vasconcelos Santillán, Jorge, *Informática I, Computación Básica*, 1ª. ed., Publicaciones Cultural, México, 2002, p. 106.

³ Guibourg, Ricardo A., *Informática Jurídica Decisoria*, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 16.

⁴ Consultable en: <http://www.webopedia.com/TERM/c/cyberspace.html>

⁵ Lessig, Lawrence, *Code and other laws of cyberspace*, Basic books, U.S.A. 1999, p. 63, “Cyberspace is not a place. It is many places. The character of these many places is not identical. They instead differ in ways that are fundamental. These differences come in part from differences in people who populate these places. But demographics alone won’t explain the variance. Something is going on”.

Ciberterrorismo: la nueva cara de la delincuencia en el siglo XXI

red y de ahí surgen sus derivaciones tales como ciberterrorismo, sigo insistiendo en el término delito informático (relativo a la información) o a su género “delito electrónico” dentro del cual se podría inscribir el terrorismo con esta nueva modalidad. Jesús Edmundo Coronado Contreras define:

Ciberdelito o crimen cibernético puede ser definido como aquel delito en el que redes computacionales pueden ser un objetivo o una herramienta substancial.⁶ Una gran variedad de definiciones existen en la bibliografía sobre el tema, la mayoría de ellas se basan en el contenido de la Convención contra la Ciberdelincuencia adoptada por el Consejo de Europa; ciberdelito es el acto criminal cometido utilizando redes de comunicación electrónicas o sistemas de información o actos en contra de esas redes y sistemas.

Existen varias clasificaciones sobre lo que se puede considerar un “ciberdelito”. Una de ellas es la que identifica la actividad delictiva:

1. Delitos en un dispositivo (pornografía infantil)
2. Delitos usando un dispositivo (fraude)
3. Delitos contra un dispositivo (acceso ilegal o no autorizado).⁷

A nivel internacional existen algunos informes y reportes tanto del G-8 como de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). En 1999, la ONU realizó un extenso reporte titulado “*International Review of Criminal Policy*”. En 2005 fue realizado en la ciudad de Bangkok, Tailandia, un taller en el tema dentro del Onceavo Congreso de las Naciones Unidas en Prevención del Delito y Justicia Criminal. Recientemente en 2013, la Oficina de las Naciones contra la Droga y el Delito (UNODC por sus siglas en inglés) efectuó un estudio en el tema titulado “*Comprehensive Study on Cybercrime*”.

[...]

Barry Colin, miembro del *Institute for Security and Intelligence* en California, es a quien se le atribuye la creación del término “ciberterrorismo”, definiéndolo como la fusión entre cibernética y terrorismo. Maura Conway lo define como la convergencia entre ciberdelito y terrorismo.⁸ Ataques y amenazas contra dispositivos, sistemas e información resguardada con el propósito de intimidar a un gobierno o a su población en cumplimiento de objetivos políticos o sociales. Considerar un ataque como “terrorista” requiere que sea resultado de violencia contra una persona o propiedad con la intención de cuasar un daño severo o por lo menos inspirar terror.

Otros autores son más específicos al referirse a que “ciberterrorismo” puede ser cualquier ataque electrónico desde el ciberespacio desde redes internas y externas, en particular Internet, inspirado en diferentes motivos y dirigido a objetivos en particular.⁹

Terrorismo cibernético puede referirse a ataques premeditados y de inspiración política realizados por grupos o agentes clandestinos en contra de información, sistemas computacionales, programas y demás datos informáticos que resulten en actos de violencia hacia objetivos no beligerantes.¹⁰ En ese sentido habría de distinguir cuando los considerados “terroristas” utilizan computadoras o sistemas informáticos para sus actividades (ejemplo de ello es el uso terrorista de Internet) y cuando dichos instrumentos son un objetivo en concreto.¹¹

La preocupación de quienes han abordado este tema, los ha llevado a cometer el yerro de identificar al terrorismo por internet con una comunidad religiosa y, de manera equívoca, estigmatizan a los miembros de un culto adosándoles el término de terroristas por los supuestos idearios con los que se hacen propaganda algunos grupos terroristas. El Islam ha sido el pretexto de los grupos terroristas, pero

⁶ Koops, Bert-Jaap. “The Internet and its Opportunities for Cybercrime”, 2010, p. 737

⁷ Hargreaves C. y D. Prince. “*Understanding Cyber Criminals and Measuring Their Future Activity Developing cybercrime research*”, Security Lancaster, Lancaster University. Disponible en: http://eprints.lancs.ac.uk/65477/1/Final_version_Understanding_cyber_criminals_and_measuring_their_activity.pdf

⁸ Conway, Maura. “*Cyberterrorism: The Story So Far*”. Department of Political Science 1, Trinity College, Dublin, Ireland, 2013. Disponible en: http://doras.dcu.ie/496/1/info_warfare_2_2_2003.pdf

⁹ Jalil S.A. “*Countering Cyber Terrorism Effectively: Are We Ready To Rumble?*” GIAC Security Essentials Certification (GSEC) Practical Assignment, Version 1.4b, Option 1, junio 2003. Disponible en: <http://www.giac.org/paper/gsec/3108/countering-cyber-terrorism-effectively-ready-rumble/105154>

¹⁰ Pollitt, Mark citado por Krasavin, S. *What is Cyber-terrorism?* Computer Crime Research Centre. Disponible en: <http://www.crime-research.org/library/Cyber-terrorism.htm>

¹¹ <http://www.ured.org.mx/ured/breves-consideraciones-sobre-la-ciberdelincuencia-y-el-ciberterrorismo/> Consultado el 5 de mayo de 2017.

considero que ello solo ha servido para estigmatizar un credo y a quienes pertenecen al mismo.¹² Dar un sesgo religioso a las actividades ilícitas sólo genera mayor intolerancia en este mundo al que parece que no le son pocas las causas para polarizarse. Así, Cano Paños describe “El binomio internet/terrorismo islamista”:

Relacionar el terrorismo islamista con internet y analizar dicho binomio, no supone desde luego una tarea desca- bellada en la época actual. En una era marcada por la globalización de las comunicaciones y el uso de la red de internet por miles de millones de usuarios en todo el planeta, hace que el uso de este medio de comunicación pueda producirse con objetivos radicalmente dispares. En el concreto caso del terrorismo islamista, el uso que viene haciéndose de internet por esta denominada “ideo- logía del odio” representada por *Al Qaeda* puede sinteti- zarse en los siguientes aspectos:

1.- Como instrumento para llevar a cabo o amenazar con la ejecución de ataques contra las redes computa- rizadas que proveen servicios públicos, tales como los sistemas de control de energía, redes de ferrocarril, ae-

ropuertos, sistemas financieros, de seguridad, etc., es lo que se conoce como “ciberterrorismo”.¹³

Como lo señalo líneas arriba, el autor en comento parece desconocer que *Al Qaeda* e *ISIS* no persiguen *per se* un objetivo religioso (aunque ésta sea su apa- rente bandera) sino proteger otros intereses de la región como la ruta del opio, en el primer caso y los grandes caudales generados por la guerra y el petróleo, en el segundo.

Pero más allá de estas precisiones y diferencias conceptuales, lo cierto es que la legislación sobre el tema no ha alcanzado el nivel de discusión que se me- rece. El tipo penal de terrorismo en el Código Penal federal se ha quedado corto al contemplar solamente los medios comisivos violentos.

1.2. Terrorismo según el Código Penal federal (México)

En las distintas latitudes de América Latina se han emitido cuerpos legales para combatir el fenómeno de la delincuencia en la red. Así también, se han creado cuerpos especializados para la investigación y loca-

¹² Facebook y Google, demandados por "ayudar" al terrorismo.

Familiares de las víctimas del ataque terrorista de San Bernardino demandaron a Facebook, Google y Twitter, por proporcionar platafor- mas para ayudar al grupo Estado Islámico a extender su propaganda

La demanda indica que las firmas no hacen lo suficiente para bloquear las cuentas del Estado Islámico y que, sin embargo, son benefi- ciadas económicamente por éstas.

Familiares de las víctimas del ataque terrorista ocurrido en San Bernardino demandaron a Facebook, Google y Twitter, empresas a las que acusaron de proporcionar plataformas para ayudar al grupo Estado Islámico a extender su propaganda, reclutar seguidores y recaudar dinero.

La demanda presentada en la corte federal de Los Ángeles argumenta que las compañías ayudaron y fueron cómplices de terrorismo, proporcionaron material de apoyo a grupos terroristas y son responsables de la muerte culposa de tres de las 14 víctimas asesinadas en el ataque del 2 de diciembre de 2015 durante un evento de capacitación y fiesta del Departamento de Salud.

Syed Rizwan Farook y Tashfeen Malik, la pareja casada que realizó el ataque con fusiles de alto poder, fueron inspirados por el grupo Estado Islámico, señalaron las autoridades. Malik había prometido lealtad al grupo a través de su cuenta de Facebook alrededor del tiempo de la masacre, en la que además resultaron heridas 22 personas.

La demanda es similar a otras contra proveedores de redes sociales que han sido presentadas en tribunales del país por muertes en ata- ques en la nación y en el extranjero. Los mismos abogados demandaron a las mismas empresas por la masacre ocurrida en 2016 en el club nocturno Pulse en Orlando, Florida

Algunas de esas querellas han sido desechadas porque la ley federal protege de responsabilidad a los proveedores de servicios de internet por contenido presentado por usuarios.

Facebook dijo que se compadece por las víctimas y sus familias y que retira rápidamente contenido de grupos terroristas cuando es reportado.

“No existe lugar en Facebook para grupos que se involucren en actividad terrorista o para contenido que exprese apoyo a tal actividad”, señaló la compañía a través de un comunicado.

Google y Twitter no respondieron de inmediato una solicitud de comentario de *The Associated Press*.

La demanda dice que las compañías no hacen lo suficiente para bloquear o retirar cuentas del grupo Estado Islámico y que se benefician económicamente de anuncios colocados junto a mensajes del grupo extremista islámico.

“Sin los acusados Twitter, Facebook y Google (YouTube), el explosivo crecimiento de ISIS en los últimos años para convertirse en el grupo terrorista más temido del mundo no hubiera sido posible”, agrega la demanda refiriéndose al grupo Estado Islámico por sus siglas en inglés. Consultado en <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/techbit/2017/05/5/facebook-y-google-demandados-por-ayudar-al-terrorismo> el 6 de mayo de 2017, 17:28 hs.

¹³ Cano Paños, Miguel Ángel “El binomio internet/terrorismo islamista”, en *Iter Criminis*, año 4, número 21, Inacipe, Mayo-junio 2011, p. 116.

Ciberterrorismo: la nueva cara de la delincuencia en el siglo XXI

lización de los autores de tales delitos de las nuevas tecnologías, pero el caos en la legislación y las soluciones legislativas sin reflexión sólo han permitido crear un espacio de impunidad en el medio. Salvo algunas conductas focalizadas, como la pornografía infantil, las demás pueden hallar grandes vacíos legislativos y orgánicos.

En primer lugar, de acuerdo con Luciano Salellas,¹⁴ desde abril de 2000, Argentina es sede para América del Sur de la Asociación Internacional de Comunicaciones Electrónicas de las Fuerzas Armadas (AFCEA Internacional). Se trata de una organización civil sin fines de lucro que reúne a especialistas en estos problemas (sistema C4ISR, comando, control, comunicaciones, computación, inteligencia, vigilancia y reconocimiento electrónico) en el ámbito gubernamental, industrial y empresarial, de las fuerzas armadas y de seguridad, para fomentar el entendimiento, promover la eficiencia, la cooperación y el desarrollo profesional de sus miembros, a fin de lograr una verdadera evolución en el centro del campo de la información.

Por su parte, la Brigada de Investigaciones del Cibercrimen de la Policía Investigadora de Chile, consciente de los avances tecnológicos en el ámbito delincencial, creó en octubre de 2000 la Brigada de Investigaciones del Cibercrimen, unidad especializada en la comisión de delitos vía Internet como amenazas, estafas, falsificación, pornografía infantil y delitos informáticos propiamente, entre otros.¹⁵

Asimismo, la Policía Nacional del Perú, División de Investigación de Delitos de Alta Tecnología, es el órgano de ejecución de la Dirección de Investigación Criminal que tiene como misión investigar, denunciar y combatir el crimen organizado transnacional (globalizado) y otros hechos trascendentes a nivel nacional en el campo de los delitos contra la libertad, el patrimonio, la seguridad y tranquilidad públicas, la defensa y seguridad nacionales, la propiedad industrial y otros cometidos mediante el uso de la tecnología de la información y comunicación, aprehendiendo los indicios, evidencias y pruebas, así como identificando, ubicando y deteniendo a los autores con la finalidad de ponerlos a disposición de la autoridad competente.¹⁶ El tipo penal en el Código Penal federal señala:

Terrorismo

Artículo 139.- Se impondrá pena de prisión de quince a cuarenta años y cuatrocientos a mil doscientos días multa, sin perjuicio de las penas que correspondan por otros delitos que resulten:

I. A quien utilizando sustancias tóxicas, armas químicas, biológicas o similares, material radioactivo, material nuclear, combustible nuclear, mineral radiactivo, fuente de radiación o instrumentos que emitan radiaciones, explosivos, o armas de fuego, o por incendio, inundación o **por cualquier otro medio violento**, intencionalmente realice actos en contra de bienes o servicios, ya sea públicos o privados, o bien, en contra de la integridad física, emocional, o la vida de personas, que produzcan alarma, temor o terror en la población o en un grupo o sector de ella, para atentar contra la seguridad nacional o presionar a la autoridad o a un particular, u obligar a éste para que tome una determinación.

II. Al que acuerde o prepare un acto terrorista que se pretenda cometer, se esté cometiendo o se haya cometido en territorio nacional.

Las sanciones a que se refiere el primer párrafo de este artículo se aumentarán en una mitad, cuando además:

I. El delito sea cometido en contra de un bien inmueble de acceso público;

II. Se genere un daño o perjuicio a la economía nacional, o

III. En la comisión del delito se detenga en calidad de rehén a una persona.

1.2.1. Los medios comisivos en el delito de terrorismo

Dentro de los elementos del tipo nos encontramos con un ámbito al que, por su carácter accesorio, no se le ha dado la importancia que hoy día revisten los medios comisivos, sobre todo en discusiones como la que ahora nos ocupa. En el libro *Programa de Derecho Penal*, Celestino Porte Petit, señala:

En numerosos casos, los tipos exigen determinados medios, originándose los llamados *delitos con medios legalmente determinados o limitados*. Ello quiere decir que para que pueda darse la tipicidad deben concurrir los medios que exija el tipo correspondiente. De este modo, Mezger expresa que “por delitos con medios legalmente

¹⁴ Luciano Salellas, “Delitos Informáticos, Ciberterrorismo, V.1.201”, *Boletín Informativo de Seguridad* (http://www.cabinas.net/monografias/informatica/delitos_informativos_ciberterrorismo.pdf).

¹⁵ Véase <http://www.policia.cl/paginas/brigadas/bg-bricib/bg-bricib.htm>

¹⁶ Véase <http://www.policiainformatica.gob.pe/nosotros.asp>

determinados debe entenderse aquellos tipos de delitos en los que la tipicidad de la acción se produce, no mediante cualquier realización del resultado último, sino sólo cuando éste se ha conseguido en la forma en que la ley expresamente determina [...]”.

En consecuencia, el medio exigido por el tipo puede dar lugar a resultados diversos.¹⁷

Pero al tipo penal en cuestión le hace falta una adecuación a los tiempos que vivimos, ya que el medio que utiliza, como lo es la red, no es violento por naturaleza pero puede causar daños considerables con resultados materiales que ya podemos anticipar.

Caso 11-M

El jueves 11 de marzo de 2004, España vivió una de las jornadas más difíciles de los últimos años. Diversos trenes fueron objeto de atentados terroristas. El resumen de los hechos lo encontramos en el auto de procesamiento dictado por la Audiencia Nacional el 10 de abril de 2006. Esto es, en sólo dos años, los encargados de la investigación del delito habían logrado llevar ante los tribunales a los probables responsables. Mucho de ese trabajo fue logrado a través de las distintas evidencias electrónicas que quedaron. Las tecnologías utilizadas fueron el medio para que se actualizara el delito de terrorismo y los conexos por los que se instruyó la causa correspondiente.

Los hechos, señala el auto de procesamiento se desarrollaron de la siguiente manera:

El día **11 de marzo de 2004**, jueves, se produjeron una serie (sic) encadenada de explosiones que tuvieron lugar entre las 7 horas 36 minutos y las 7 horas 40 minutos aproximadamente en diferentes puntos de la línea de ferrocarril Cercanías de Madrid, que discurre por al área topológica conocida como “El corredor de Henares” (línea férrea que une las Estaciones del RENFE de Alcalá de Henares y de Atocha-Madrid), ocasionando 191 muertos y 1.755 heridos (en número todavía provisional), amén de innumerables daños materiales tanto en los servicios ferroviarios como en otras propiedades.

Las relaciones de personas fallecidas y heridas se reflejarán a continuación:

Los trenes afectados, todos ellos de la red de Cercanías de RENFE, fueron los siguientes, atendiendo a la hora de salida de la Estación de RENFE de Alcalá de Henares:

- **Tren n° 21431**, compuesto de seis vagones, salida de Alcalá de Henares a las 7 horas 1 minuto.
- **Tren n° 17305**, compuesto de seis vagones, salida de Alcalá de Henares a las 7 horas 4 minutos.
- **Tren n° 21435**, compuesto de seis vagones, salida de Alcalá de Henares a las 7 horas 10 minutos -este tren tenía doble altura en sus vagones-.
- **Tren n° 21713** compuesto de seis vagones, salida de Alcalá de Henares a las siete horas 14 minutos.

En este escrito remitido por **RENFE** el 27 de julio de 2005 (registrado en este Juzgado el 27/07/05), se adjuntaba documentación relativa a la situación de trenes el día 11 de marzo de 2004 en las estaciones que sufrieron los atentados.

Según la afectación de la catenaria al momento de las explosiones, la situación de los trenes el día 11 de marzo de 2004, sería la siguiente:

MADRID ATOCHA (7:36)	(ORIGEN>DESTINO)
21431 ESTACIONADO EN VÍA 2	(ALCALÁ H.-ALCOBENDAS)
MADRID ATOCHA (7:39)	(ORIGEN>DESTINO)
17305 DETENIDO ANTE SEÑAL EG	(ALCALÁ H.- CHAMARTÍN)
EL POZO (7:38)	(ORIGEN>DESTINO)
21435 ESTACIONADO EN EL POZO	(GUADALAJARA-ALCOBENDAS)
SANTA EUGENIA (7:38)	(ORIGEN>DESTINO)
21713 ESTACIONADO EN SANTA EUGENIA	ALCALÁ H.-CHAMARTÍN-MADRID P. PIO)

¹⁷ Porte Petit Candaudap, Celestino, *Programa de Derecho Penal, Parte General*, 3ª ed., Trillas, México, 1990, p. 425.

La secuencia de explosiones en los trenes fue la siguiente, siempre atendiendo a que se numeran los vagones o vehículos en el sentido siguiente (la cabecera de tren es el 1, y la cola de tren el 6; y todos ellos sentido Alcalá de Henares -Madrid):

- En la **Estación de Atocha (tren n° 21431)**, según la cinta de video del sistema de seguridad de la Estación de Atocha, a las 7 horas 37 minutos 47 segundos ya se había producido la primera explosión —originando que un gran número de viajeros se acumulase en las escaleras mecánicas situadas junto a la posición de la zona central del tren; a las 7 horas 38 minutos 36 segundos se produce la segunda explosión en el vagón 5, y a las 7 horas 38 minutos 40 segundos se produce la tercera explosión en el vagón 4 —el más cercano a las citadas escaleras mecánicas—; en total se produjeron TRES EXPLOSIONES de dichas características. Los artefactos estaban situados en los vagones 1, 4, 5 y 6 (sobre el artefacto localizado en el primer vagón del convoy, cabecera de tren, y que no estalló inicialmente, se realizaron maniobras para su desactivación por los equipos T.E.D.A.X del Cuerpo Nacional de Policía, explotando a las 9 horas 59 minutos 18 segundos —según la cinta de video del sistema de seguridad; con posteridad, a las 10 horas 57 minutos 27 segundos se procede por los equipos T.E.D.A.X del C.N.P a realizar maniobras de desactivación sobre lo que consideraron un artefacto explosivo —que no resultó tal— en el vagón inmediato posterior al vagón cabecera del tren).
- A unos 800 metros de la **Estación de Atocha (tren n° 17305)**, paralela la línea férrea a la Calle Téllez, sobre las 7 horas 39 minutos, se produjeron CUATRO EXPLOSIONES en los vagones 1, 4, 5 y 6 del tren, el cual, en el momento de las deflagraciones, estaba desplazándose a escasa velocidad por la línea ferroviaria.
- En la **Estación de El Pozo del Tío Raimundo (tren n° 21435)**, sobre las 7 horas 38 minutos, instantes después de iniciar la marcha (al apreciarse que la cabeza del tren tenía ligeramente rebasada la línea del semáforo) tuvieron

lugar DOS EXPLOSIONES, en los vagones números 4 y 6 del tren. Los artefactos estaban situados en los pisos superiores de ambos vagones (asimismo fue localizado un tercer artefacto oculto en el interior de una mochila de color azul oscuro/negra que se hallaba en el andén de la parte derecha en la estación mencionada, a la altura del tercer vagón; sobre dicho artefacto se efectuaron maniobras de desactivación por los equipos T.E.D.A.X del C.N.P., explotando finalmente el referido artefacto).

En esta Estación se encontraba el artefacto explosivo que en la madrugada del día 12 de marzo de 2004 se localizó en la Comisaría de Distrito de Puente de Vallecas y se desactivó (tal y como con posterioridad se hará mención); el referido artefacto explosivo tenía marcado como hora de activación de la alarma-despertador las 7 horas 40 minutos.

- En la **Estación de Santa Eugenia (tren n° 21713)**, sobre las 7 horas 38 minutos tuvo lugar UNA EXPLOSIÓN en el 4° vagón del tren.

1.3. Los rastros de la investigación

El auto de procesamiento a que hacemos referencia, y que fue publicado por el diario español *El Mundo*, da cuenta de lo importante que resultó la evidencia digital. El rastreo de señales de teléfonos móviles, la revisión de su bitácora, el cruce de llamadas, la obtención oportuna tanto de órdenes de cateo como de intervención de equipos de cómputo, entre otras diligencias, permitieron dar con el paradero de los autores del atentado.

En la investigación se buscó no dejar nada al azar. La cronología de la investigación destaca:

2004

11 de marzo.- Una furgoneta robada es hallada, poco después de las explosiones, cerca de la estación de Alcalá de Henares, con siete detonadores, restos de explosivo y una cinta en árabe.

12 de marzo.- La policía desactiva un artefacto, escondido en una bolsa de deportes hallada en el

tren del Pozo del Tío Raimundo, compuesto de Goma 2 ECO, un detonador y un teléfono móvil, que fue la clave para la investigación.

La tarjeta del teléfono fue un punto de partida para detectar la bitácora de llamadas. A partir de éstas se hizo cruce de llamadas, revisión de otros números telefónicos móviles, hasta lograr la localización de los usuarios.

13 de marzo.- Siguiendo el rastro de la tarjeta hallada en el teléfono móvil, se producen las primeras detenciones —de tres ciudadanos marroquíes y dos indios—, entre ellas las de Jamal Zougam, finalmente procesado como presunto autor material de los atentados. Ese mismo día, un supuesto “portavoz militar” de Al Qaeda en Europa reivindica la masacre en un vídeo localizado cerca de la mezquita de la M-30.

18 de marzo.- Se producen nuevas detenciones, entre ellas las del ex minero José Emilio Suárez Trashorras, acusado de proporcionar los explosivos al comando autor de los atentados.

26 de marzo.- En una casa cercana a Morata de Tajuña (Madrid) se hallan detonadores, restos de explosivos y huellas dactilares de más de veinte personas.

2 de abril.- Es desactivada una bomba colocada en la vía del AVE Madrid-Sevilla en Mocejón (Toledo).

3 de abril.- Siete terroristas, cercados por la policía en un piso de Leganés, se suicidan activando los explosivos que tenían consigo.

15 de abril.- En una cinta sonora, el líder de Al Qaeda, Osama Bin Laden, reivindica implícitamente el 11-M y el 11-S: “es vuestra propia mercancía, que os ha sido devuelta”.

27 de mayo.- El Parlamento crea una comisión para investigar el 11-M.

7 de junio.- Detenido en Milán (Italia) Rabei Osman El Sayed, “Mohamed el Egipcio”, considerado autor intelectual de los atentados.

9 de junio.- Detenidos en Asturias otros seis miembros de la denominada “trama de los explosivos”.

16 de noviembre.- Primer juicio por el 11-M. El menor G.M.V., “El Gitanillo”, es condenado a seis años de internamiento en régimen cerrado por colaborar en el robo y traslado de los explosivos a Madrid.

17 de diciembre.- Detenido en Lanzarote el marroquí Hassan el Haski, presunto líder en España del Grupo Islámico Combatiente Marroquí (GICM), al que se atribuyen los atentados.

2005

1 de febrero.- Detenido en Bélgica Youssef Belhadj, considerado junto a “El Egipcio” y Hassan El Haski uno de los inductores de la masacre.

23 de julio.- Abdelmajid Bouchar “El Gamo”, que logró escapar del cerco policial al piso de Leganés, es detenido en Serbia.

2006

11 de abril.- El juez Del Olmo dicta el procesamiento de 29 de los 116 imputados en el sumario, de ellos 15 marroquíes, nueve españoles, dos sirios, un egipcio, un argelino y un libanés.

16-19 de mayo.- El juez comunica el auto de procesamiento a los acusados, todos los cuales —salvo el español Sergio Álvarez— niegan las imputaciones.

7 de julio.- El juez Del Olmo concluye el sumario y eleva la causa a la sala de lo penal para su enjuiciamiento.

25 de septiembre.- La Audiencia Nacional confirma los 29 procesamientos y considera “perfectamente acreditado” que el explosivo fue Goma 2.

6 de noviembre.- La Fiscalía presenta su escrito de conclusiones provisionales, en el que solicita 270.885 años de cárcel para los 29 procesados.

La investigación en materia de evidencia digital fue no sólo efectiva, sino además, debidamente cuidada para ser llevada ante la Audiencia Nacional. Ese es el ejemplo que nos queda del caso que ahora referimos.

1.4. Clasificación de los ataques ciberterroristas

Jesús Edmundo Coronado Contreras establece que, los ataques ciberterroristas pueden clasificarse de la siguiente manera:

1. Simples: son los ataques orquestados contra sistemas en específico mediante herramientas creadas por otros. Son utilizados por grupos pequeños que no cuentan con grandes recursos y sus objetivos son menores.

Ciberterrorismo: la nueva cara de la delincuencia en el siglo XXI

2. Avanzados: son aquellos en los que organizaciones más estructuradas pueden atacar diversos sistemas y crear herramientas básicas para ello.

3. Complejos y coordinados: ataques ejecutados por organizaciones en contra de sistemas más sofisticados con herramientas propias y consecuencias mayores.

Dentro de los motivos que puede tener el terrorismo cibernético se encuentran:

1. Destruir la capacidad operacional del objetivo.
2. Destruir o afectar la reputación de una organización, país, etc.
3. Conseguir más seguidores y que los atacados cambien su afiliación.
4. Demostrar su poder tanto dentro de sus seguidores como dentro de sus objetivos.

Lo anterior encuentra en gran medida sustento en el atractivo de ejecutar ataques en el ciberespacio. En comparación con el terrorismo convencional, el “ciberterrorismo” permite que los terroristas causen un daño igual o mayor a su objetivo de una forma más económica y segura.

Dentro de los tipos de ataques ejecutados con propósitos terroristas podemos ubicar los siguientes:

1. Incursión: ataques con la intención de acceder en un sistema o red para obtener o modificar información.
2. Destrucción: al acceder a una red o sistema y destruir información puede conllevar a diversas consecuencias como daños económicos.
3. Desinformación: ataques que pueden tener consecuencias inmediatas, ya que al clonar páginas de Internet o usuarios dentro de una red se puede difundir información errónea y generar caos.
4. Denegación de servicio: ataque con el que se sobrecarga un servidor para que los usuarios (legítimos) no puedan tener acceso a los servicios prestados.¹⁸

De esta clasificación podemos arribar a la conclusión previa de que no todo ataque tiene como fin los

establecidos en el Código Penal para el tipo de terrorismo, el fin es inutilizar equipos y no exactamente causar un temor en la población o bien perseguir algún fin último por parte del Estado (observar el punto número uno de esta clasificación, relativo a los ataques simples, los cuales parecen estar orientados a un sector de la economía).

1.5. Participación en el delito

Paulatinamente el grupo (obsérvese que se tiene la comisión del delito como una serie de pasos cometidos a través de la pluralidad de voluntades) que comete la conducta va migrando en estructura e intereses, que van desde el individual hasta el estatal, lo cual ya implica un nivel de responsabilidad que rebasa al Derecho penal tradicional, pues no se puede perseguir penalmente a un representante de un poder constituido, salvo lo relativo a la jurisdicción a que hace referencia el Estatuto de Roma y sólo para los delitos ahí contenidos.

1.6. Resultado material del delito

El ciberterrorismo va desde una mala entendida competencia desleal hasta una guerra en el campo virtual. La ciberguerra es el último paso en esta escalada, por lo que los bienes jurídicos tutelados que pueden afectarse son tan diversos, según la dimensión del ataque (puede tratarse de información, objetos, patrimonio, seguridad del Estado, la propia vida de las personas, etcétera).¹⁹

2. Problemas de la responsabilidad de las personas jurídicas y los aparatos organizados de poder

El ciberterrorismo puede realizarse, en materia de concurso de personas, tanto por un particular, como por

¹⁸ “Breves consideraciones sobre la ciberdelincuencia y el ciberterrorismo”. Consultado en <http://www.ured.org.mx/ured/breves-consideraciones-sobre-la-ciberdelincuencia-y-el-ciberterrorismo/> 16 de abril de 2017; 17:49 h

¹⁹ Pasos de un ciberataque

1. Investigación: recopilar y analizar la información existente acerca del blanco para identificar vulnerabilidades y decidir quiénes serán las víctimas.
2. Transporte: llegar al punto débil del sistema informático que se puede explotar. Suelen usarse estos métodos: Se crea un sitio web replicando a otro, que se ve prácticamente igual, y que la víctima usa con frecuencia. Se trata de acceder a los servicios en la red de la organización. Se envía un mail con un vínculo (link) a un sitio web malicioso o un archivo anexo infectado con algún virus. Se trata de infiltrar una memoria externa como un USB, por ejemplo.
3. Ingreso: explotar esa vulnerabilidad para obtener acceso no autorizado. Para lograrlo, se modifica el funcionamiento del sistema, se accede a las cuentas en la red, se obtiene el control de la computadora, el celular o la tableta del usuario.

una empresa y, en esa escalada, puede materializarse a través de los denominados aparatos organizados de poder, lo que de suyo implica una problemática bastante amplia.

La responsabilidad penal de las personas morales o jurídicas es sin duda un tema actual y por demás interesante, pero no exento de problemas como para considerarlo como un concepto totalmente acabado, y menos cuando se pueden cometer delitos trasfronterizos desde distintas latitudes y legislaciones aplicables, como por grupos de poder constituido. Es por ello, que la responsabilidad de las personas morales es un tema que debemos acotar, por lo menos en la teoría para conocer su significado y alcance en la práctica.

La discusión sobre la responsabilidad penal de las personas morales ha sido un tema polémico entre aquellas generaciones que postularon que sólo las personas físicas son penalmente responsables, y la nueva generación de autores que ven en la constitución de las personas jurídicas un boquete de impunidad que debe ser resuelto con esta nueva postura.

Durante mucho tiempo la doctrina dominante señaló tajantemente que las personas morales no delinquen (y así se estableció en el Código Penal para el Distrito Federal de 2002, en su artículo 27), pero algo quedó en el tintero, porque la discusión no se apagó.

Hace algunos años, el doctor Fernando Flores García escribió unas líneas extraordinarias, cuando el tema no cobraba la vigencia que tiene hoy. En la conclusión de su análisis el extraordinario maestro escribió:

Se han logrado considerables avances y establecido puntos de coincidencia. Es de desearse que en futuros congresos jurídicos, en libros, ensayos, proyectos legislativos, etc., se renueven los esfuerzos para dar una solución que resuelva los problemas que en la vida real representan las actividades ilícitas de las personas jurídicas colectivas.²⁰

¡Con cuánta anticipación dejó esas líneas para ser desarrolladas casi treinta años después!

Y es que al hablar de responsabilidad debe quedar claro si el concepto parte de la sustitución del juicio de reproche, o bien es la consecuencia procesal de un acto en particular.

En todo caso, la voluntariedad y conocimiento que exige la culpabilidad, siempre serán un gran reto para quien diserte sobre este tema.

Recientemente se han desarrollado distintas iniciativas de ley, derivadas de los instrumentos internacionales que ha firmado México, entre los cuales destacan la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción que contienen la posibilidad de que los Estados legislen sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional en su artículo 10 señala:

Artículo 10. Responsabilidad de las personas jurídicas

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer **la responsabilidad de personas jurídicas** por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención.

2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, **la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal**, civil o administrativa.

3. **Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos.**

4. **Cada Estado Parte velará en particular porque se impongan sanciones penales** o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción establece lo siguiente:

4. Afectar: realizar actividades dentro del sistema para lograr lo que el hacker quiere. (*BBC Mundo*)

http://www.insightmx.com.mx/detallenota.php?id_news=125 consultado el 16 de abril de 2017; 17:30 hs.

²⁰ Véase Flores García, Fernando, "La responsabilidad penal de la persona jurídica colectiva", en *Ensayos jurídicos*, Facultad de Derecho (Cincuentenario de la Revista de la Facultad de Derecho de México), UNAM, 1989, pp. 99-143. Véase también: Flores García, Fernando, "Principales Corrientes acerca de la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica Colectiva", en *Liber Ad Honorem Sergio García Ramírez*, Tomo II, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1998.

Ciberterrorismo: la nueva cara de la delincuencia en el siglo XXI

Artículo 26. Responsabilidad de las personas jurídicas

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de **establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.**

2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, **la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal**, civil o administrativa.

3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos.

4. Cada Estado Parte velará en particular por que **se impongan sanciones penales** o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.

Asimismo, en el ámbito nacional se han abordado en varias iniciativas de ley lo relativo a la responsabilidad de las personas morales, con distintas perspectivas doctrinales, y diferentes soluciones. Además se ha abonado lo relativo a los derechos humanos que le

son propios a las personas jurídicas,²¹ sin embargo, de la lectura de los pocos artículos que le dedica al tema el Código Nacional de Procedimientos Penales (artículos 421 al 425), podemos vislumbrar que el procedimiento penal a las personas jurídicas apenas está en sus comienzos.²²

3. La reforma al Código Penal para el Distrito Federal

El 22 de diciembre de 2014 se publicó en la *Gaceta del Distrito Federal* (hot Ciudad de México) el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal que establece un breve capítulo sobre un tema ingente que produce más dudas sobre su aplicación, puesto que el ciberterrorismo puede provenir de órganos de algún Estado (extranjero), lo que implica otra clase de responsabilidad internacional.²³

En pocas palabras, la mayor parte de lo establecido para las personas morales podría no ser válido tratándose de órganos de poder en el extranjero que fomentan esta clase de actos. Es claro que si para los

²¹ “Las personas morales gozan de aquellos derechos fundamentales que conforme a su naturaleza le resulten necesarios para la realización de sus fines con el fin de proteger su existencia, su identidad y asegurar el libre desarrollo de su actividad”. Así lo estableció el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 21 de abril de 2014, al resolver la Contradicción de Tesis 360/2013.

²² Ramón Eduardo Ribas escribe sobre el el procedimiento penal a las personas jurídicas: “La construcción de un sistema de responsabilidad penal de las personas morales puede encauzarse jurídicamente a través de dos vías fundamentales:

a) En primer lugar, acudiendo a las categorías y criterios de imputación penales ya conocidos.

b) Creando, en segundo término, un nuevo Derecho Penal, exclusivo de las entidades colectivas.

La primera de estas soluciones consiste en *adoptar* el Derecho Penal clásico, de base individualista, y aplicarlo a los comportamientos criminales protagonizados por entidades colectivas. Obviamente, dicha adopción y la subsiguiente aplicación no pueden realizarse de forma mecánica o automática; sería preciso ajustar, antes, mediante una reinterpretación funcionalista, la teoría del delito individual. Sin esta nueva normativización de los conceptos penales, la inadecuación de éstos para enfrentarse a formas de criminalidad colectiva obligaría a una *resignación descriptiva* o a crear un sistema de responsabilidad penal específico para empresas o personas colectivas. Característico de estos planteamientos es, en fin, su intento de adecuar las categorías penales a las personas jurídicas antes que sustituirlas por otras.

Radicalmente contraria a la flexibilización de las categorías penales existentes, se muestra Zúñiga Rodríguez. En su opinión, dicha flexibilización comportaría el riesgo de “contaminar” todo el sistema de responsabilidad individual pudiendo desembocar en la pérdida de la validez de las garantías ganadas y construidas durante dos siglos. También Tamarit Sumalia considera, ante los riesgos de «contaminación conceptual» que pudieran derivarse de la integración de la responsabilidad de las personas jurídicas en el sistema penal, sería aconsejable un “dualismo no disgregador del sistema”.

La segunda solución, a mi juicio más plausible, toma como punto de partida la siguiente idea: las personas jurídicas, por ser sujetos diferentes, necesitan de un derecho penal distinto del de las personas físicas, precisamente porque el problema es que éste no les resulta aplicable. Asumida la necesidad de un Derecho Penal distinto, será necesario determinar qué deberá tener este nuevo Derecho *antiguo* para seguir conceptuándolo como Penal: si no tuviera nada, no nos hallaríamos ante un Derecho Penal distinto, sino, como indica García Arán, ante algo distinto del Derecho Penal”. (Ribas, Ramón Eduardo, *La persona jurídica en el Derecho penal. Responsabilidad civil y criminal de la empresa*, Editorial Comares, Granada, 2009, pp. 281 – 282).

²³ **La responsabilidad penal desde el seno de la persona moral.-**

ARTÍCULO 27 (Responsabilidad penal en el seno de una persona moral o jurídica). Quien actúe:

a).- Como administrador de hecho de una persona moral o jurídica;
b).- Como administrador de derecho de una persona moral o jurídica, o
c).- En nombre o representación legal o voluntaria de otra persona.

Y en estas circunstancias cometa un hecho que la ley señale como delito, responderá personal y penalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que el tipo penal requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias sí concurren en la entidad o persona en cuyo nombre o representación se actúa.

delitos cometidos por un particular desde el extranjero se requiere de una amplia colaboración internacional, en los casos de empresas y gobiernos, estamos apenas observando la punta del iceberg del problema.

4. Conclusiones

El ciberterrorismo debe entenderse como el terrorismo por medios electrónicos o informáticos.

No está contemplado el medio comisivo no violento (electrónico) en el tipo penal de terrorismo establecido en el Código Penal federal.

El ciberterrorismo puede afectar de manera contundente a la economía no sólo de una persona o industria, sino el correcto funcionamiento de la economía de un

país, motivo por el cual debe ser observado como un riesgo que debe atenderse con programas de corto y mediano plazo.

El ciberterrorismo puede ser cometido por una o más personas, debe agravarse la comisión por un grupo o empresa y deben buscarse soluciones para cuando esta conducta es alentada, permitida, patrocinada o ejecutada por un Estado.

El ciberterrorismo es la antesala de la ciberguerra.

5. Bibliografía

Cano Paños, Miguel Ángel, “El binomio internet/terrorismo islamista”, en *Iter Criminis*, año 4, número 21, Inacipe, mayo-junio 2011.

Se entenderá por administrador, la persona que realiza actos de administración en una persona moral o jurídica, sea cual fuere el nombre o denominación que reciba conforme a las leyes aplicables o según la naturaleza jurídica del acto por el cual así se asuma.

La responsabilidad penal de la persona moral.-

Artículo 27 Bis (Responsabilidad Penal de una Persona Moral o Jurídica).

I.- Las personas morales o jurídicas serán responsables penalmente de los delitos dolosos o culposos, y en su caso, de la tentativa de los primeros, todos previstos en este Código, y en las leyes especiales del fuero común, cuando:

a) Sean cometidos en su nombre, por su cuenta, en su provecho o exclusivo beneficio, por sus representantes legales y/o administradores de hecho o de derecho; o

b) Las personas sometidas a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el inciso anterior, realicen un hecho que la ley señale como delito por no haberse ejercido sobre ellas el debido control que corresponda al ámbito organizacional que deba atenderse según las circunstancias del caso, y la conducta se realice con motivo de actividades sociales, por cuenta, provecho o exclusivo beneficio de la persona moral o jurídica;

Cuando la empresa, organización, grupo o cualquier otra clase de entidad o agrupación de personas no queden incluidas en los incisos a) y b) de este artículo, por carecer de personalidad jurídica y hubiesen cometido un delito en el seno, con la colaboración, a través o por medio de la persona moral o jurídica, el Juez o Tribunal podrá aplicarles las sanciones previstas en las fracciones I, III, V, VI, VII, y IX del artículo 32 de este Código.

Quedan exceptuados de la responsabilidad de la persona moral o jurídica, las instituciones estatales, pero cuando aquélla utilice a éstas últimas para cometer un delito será sancionada por el delito o delitos cometidos. Lo anterior también será aplicable a los fundadores, administradores o representantes que se aprovechen de alguna institución estatal para eludir alguna responsabilidad penal.

Principio de proporcionalidad aplicable a las personas morales

Artículo 27 Ter.- En caso de que se imponga la sanción de multa por la comisión de un delito, tanto a la persona física como a la persona moral o jurídica, el juez deberá observar el principio de proporcionalidad para la imposición de las sanciones.

Hipótesis de no exclusión de responsabilidad de las personas morales

Artículo 27 Quáter.- No excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas morales o jurídicas:

I.- Que en las personas físicas mencionadas en el artículo 27 bis, concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a).- Una causa de atipicidad o de justificación;

b).- Alguna circunstancia que agrave su responsabilidad;

c).- Que las personas hayan fallecido; o

d).- Que las personas se hubiesen sustraído a la acción de la justicia.

II.- Que en la persona moral o jurídica concurra:

a).- La transformación, fusión, absorción, escisión de la persona moral o jurídica, la que será trasladable a la entidad en que se transforme, se fusione, se absorba o se escinda.

El Juez o el Tribunal podrán anular la transformación, fusión, absorción o escisión de la persona moral o jurídica, con el fin de que los hechos no queden impunes y pueda imponerse la sanción que corresponda. No será necesaria la anulación cuando la sanción consista en multa.

En caso de que la transformación, fusión, absorción o escisión constituya delito diverso al que se está sancionando a la persona moral o jurídica, el Juez o Tribunal deberá aplicar las reglas que del concurso prevé este Código y demás ordenamientos jurídicos aplicables; o

b).- La disolución aparente.

Se considerará que existe disolución aparente de la persona moral o jurídica, cuando ésta continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

CAPÍTULO XIII

SUSPENSIÓN, DISOLUCIÓN, PROHIBICIÓN DE REALIZAR DETERMINADOS NEGOCIOS, OPERACIONES O ACTIVIDADES, REMOCIÓN, INTERVENCIÓN, CLAUSURA, RETIRO DE MOBILIARIO URBANO, CUSTODIA O RESGUARDO DE FOLIOS, INHABILITACIÓN Y REPARACIÓN DEL DAÑO DE LAS PERSONAS MORALES O JURÍDICAS

Ciberterrorismo: la nueva cara de la delincuencia en el siglo XXI

- Conway, Maura, “*Cyberterrorism: The Story So Far*” Department of Political Science 1, Trinity College, Dublin, Ireland, 2013. Disponible en: http://doras.dcu.ie/496/1/info_warfare_2_2_2003.pdf
- Guibourg, Ricardo A., *Informática Jurídica Decisoria*, Astrea, Buenos Aires, 1993.
- Hargreaves C. y D. Prince, “*Understanding cyber criminals and measuring their future activity developing cybercrime research*”, Security Lancaster, Lancaster University. Disponible en: http://eprints.lancs.ac.uk/65477/1/Final_version_Understanding_cyber_criminals_and_measuring_their_activity.pdf
- Jalil S.A., *Countering Cyber Terrorism Effectively: Are We Ready To Rumble?* GIAC Security Essentials Certification (GSEC) Practical Assignment, Version 1.4b, Option 1, junio 2003. Disponible en: <http://www.giac.org/paper/gsec/3108/countering-cyber-terrorism-effectively-ready-rumble/105154>
- Koops, Bert-Jaap, *The Internet and its Opportunities for Cybercrime*, 2010.
- Lessig, Lawrence., *Code and other Laws of cyberspace*, Basic books, U.S.A, 1999.
- Pollitt, Mark citado por Krasavin, S. *What is Cyberterrorism?* Computer Crime Research Centre. Disponible en: <http://www.crime-research.org/library/Cyber-terrorism.htm>
- Porte Petit Candaudap, Celestino, *Programa de Derecho Penal, Parte General*, 3ª ed. Trillas, México, 1990.
- Luciano Salellas, “Delitos Informáticos, Ciberterrorismo, V.1.201”. *Boletín Informativo de Seguridad* (http://www.cabinas.net/monografias/informatica/delitos_informativos_ciberterrorismo.pdf).

Alcances de las consecuencias jurídicas para las personas morales

ARTÍCULO 68 (Alcances y duración de las consecuencias para las personas morales). La suspensión consistirá en la cesación de la actividad de la persona moral o jurídica durante el tiempo que determine el Juez en la sentencia, la cual no podrá exceder de cinco años.

La disolución consistirá en la conclusión definitiva de toda actividad social de la persona moral o jurídica, que no podrá volverse a constituir por las mismas personas en forma real o encubierta. La conclusión de toda actividad social se hará sin perjuicio de la realización de los actos necesarios para la disolución y liquidación total. El Juez designará en el mismo acto un liquidador que procederá a cumplir todas las obligaciones contraídas hasta entonces por la persona moral o jurídica, inclusive las responsabilidades derivadas del delito cometido, observando las disposiciones legales sobre prelación de créditos, conforme a la naturaleza de éstos y de la entidad objeto de la liquidación.

La prohibición de realizar determinados negocios, operaciones o actividades, se referirá exclusivamente a las que determine el juzgador, mismas que deberán tener relación directa con el delito cometido. La prohibición podrá ser definitiva o temporal, en este último caso, el juez podrá imponerla hasta por cinco años. Los administradores y el comisario de la sociedad serán responsables ante el Juez, del cumplimiento de esta prohibición e incurrirán en las penas que establece este Código por desobediencia a un mandato de autoridad.

La remoción consiste en la sustitución de los administradores por uno designado por el juez, durante un período máximo de cinco años.

...

La intervención consiste en la vigilancia de las funciones que realizan los órganos de representación de la persona moral o jurídica y se ejercerá con las atribuciones que la ley confiere al interventor, hasta por tres años.

La clausura consistirá en el cierre de todos o algunos de los locales o establecimientos de la persona moral o jurídica por un plazo de hasta cinco años.

La inhabilitación consiste en la falta de capacidad para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de seguridad social, por un plazo de hasta quince años.

Para la aplicación de la reparación del daño, se estará a lo previsto en este Código y el juez podrá establecer como garantía para la misma, el otorgamiento de billete de depósito, una cantidad en efectivo o cualquiera otra medida a satisfacción de la víctima u ofendido del delito.

El retiro de mobiliario urbano, incluidas casetas telefónicas o parte de ellas, cuando éstos no hayan sido removidos por otra autoridad, consiste en la remoción que realice personal de cualquier institución de seguridad pública por orden del juez. El mobiliario urbano quedará en resguardo del área que corresponda de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Para la custodia del folio real o de persona moral o jurídica se estará a lo dispuesto en la Ley Registral para el Distrito Federal, su reglamento y demás ordenamientos jurídicos aplicables.

Prelación de derechos sobre las personas morales sancionadas

ARTÍCULO 69. Al imponer las consecuencias jurídicas accesorias previstas en este Capítulo, el Juez tomará las medidas pertinentes para dejar a salvo los derechos de los trabajadores y terceros frente a la persona jurídica colectiva, así como aquellos otros derechos que sean exigibles frente a otras personas, derivados de actos celebrados con la persona moral o jurídica sancionada.

Estos derechos quedan a salvo, aun cuando el juez no tome las medidas a que se refiere el párrafo anterior.

Individualización de las sanciones para personas morales

ARTÍCULO 72 bis (Criterios para la individualización de las penas y medidas de seguridad para las personas morales o jurídicas). El Juez, para la imposición de las penas y medidas de seguridad previstas en el artículo 32, 38, 68 y 69 de este Código, tomará en cuenta:

- I. La naturaleza de la acción u omisión y los medios empleados para ejecutarla;
- II. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro en que éste fue colocado;
- III. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado;
- IV.- El beneficio obtenido por la comisión del delito;
- V.- Lo previsto en los artículos 42, y 43 de este Código y demás artículos aplicables;

Vasconcelos Santillán, Jorge, *Informática I, Computación Básica*, Publicaciones Cultural, México, 2002.

6. Fuentes electrónicas

http://www.insightmx.com.mx/detallenota.php?id_news=125 consultado el 16 de abril de 2017; 17:30 hs.

<http://www.webopedia.com/TERM/c/cyberspace.html>
<http://www.ured.org.mx/ured/breves-consideraciones-sobre-la-ciberdelincuencia-y-el-ciberterrorismo/>
<http://www.policia.cl/paginas/brigadas/bg-bricib/bg-bricib.htm>
<http://www.policiainformatica.gob.pe/nosotros.asp>
http://www.insightmx.com.mx/detallenota.php?id_news=125

VI.- La necesidad de prevenir y evitar la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos;
VII.- Las consecuencias económicas, sociales, y en su caso, las repercusiones para los trabajadores; y
VIII.- El puesto o cargo que en la estructura de la persona moral o jurídica ocupa la persona física u órgano que cometió el delito y/o incumplió con el deber de control.

Tentativa para las personas morales

ARTÍCULO 78 (Punibilidad de la tentativa)...

...

Este artículo será aplicable para los casos en que la persona moral o jurídica incurra en una tentativa.

Asociación delictuosa y persona moral

ARTÍCULO 192. Las sanciones que se señalan en el Título Sexto, del Libro Segundo, se triplicarán, cuando el delito sea cometido por una asociación delictuosa.

Cuando una o más de las conductas descritas en el presente Título resulte cometida a nombre, bajo el amparo o a beneficio de una persona moral o jurídica, a ésta se le impondrán las consecuencia jurídicas consistentes en clausura, disolución y multa hasta por 1,500 días multa, independientemente de la responsabilidad en que hubieren incurrido las personas físicas por el delito cometido.



La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos¹

Elena Núñez Castaño

Universidad de Sevilla



RESUMEN: La reforma realizada por la L.O. 1/2015 de 30 de marzo incorporó por primera vez en nuestro Código Penal el delito de financiación ilegal de partidos políticos, el cual constituía uno de los temas más conflictivos y cuestionados por la sociedad en relación con este tipo de organizaciones, desde el prisma sobre todo de su consideración como una manifestación de la corrupción pública existente en nuestro país. Sin embargo, ni la técnica de tipificación, ni las conductas incluidas son las adecuadas para hacerle frente, sino que, por el contrario se ha efectuado una regulación incoherente, insuficiente, que dará lugar a importantes lagunas de punibilidad así como a un serio cuestionamiento de su legitimidad penal. Por ello, el tema del presente artículo, además de un análisis de los elementos típicos de cada uno de los delitos de financiación ilegal, se dedica a poner de relieve los aspectos más cuestionables y controvertidos de la regulación misma.

PALABRAS CLAVE: Financiación ilegal, corrupción pública, criminalidad organizada, principio de legalidad.

ABSTRACT: The reform realized by the L.O. 1/2015, of March 30 incorporated for the first time in our Criminal Law, the crime of illegal financing of political parties, which was constituting one of the topics most troubled and questioned by the society in relation with this type of organizations, from the perspective of his consideration as a manifestation of the public existing corruption in our country. Nevertheless, neither the technique of criminalization, nor the conducts includes are adequated to face it, but, on the contrary has been made an incoherent, insufficient regulation, which will give place to important absences as well as to a serious question of his criminal legitimacy. Therefore, the subject of this article, in addition to an analysis of the typical elements of each of the crimes of illegal financing, is dedicated to highlighting the most questionable and controversial aspects of the regulation itself.

KEY WORDS: Illegal financing, public corruption, organized criminality, legality.

¹ El presente artículo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D+I DER2014-53159-P, sobre “Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción”, de Ministerio de Economía y Competitividad.

SUMARIO: I. Consideraciones previas. II. Regulación penal de la financiación ilegal de partidos políticos: 1. Bien jurídico protegido en la financiación ilegal de partidos políticos. 2. Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos en el Código Penal. 2.1. El delito de financiación ilegal. 2.2. El delito de pertenencia a una organización con la finalidad de financiar ilegalmente a los partidos políticos. III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

Rec: 07/09/2016 | Fav: 17/11/2016 | Código ORCID: orcid.org/0000-0002-0612-5483

I. Consideraciones previas

Los partidos políticos representan un papel protagonista en el sistema político español; papel que se encuentra recogido en el art. 6 de la Constitución Española, al afirmar que “expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son el instrumento fundamental de la participación política”, a lo que se une el hecho de su influencia en casi la totalidad de las instituciones políticas y administrativas del Estado.² Y es precisamente esta transcendencia para el sistema político lo que ha llevado a que su sostenimiento económico se convierta en pieza clave, tanto en el ámbito político como en el institucional.

Así, según Ariño Ortiz³ “la financiación de la vida política, que se plasma principalmente en los partidos, no es sólo un elemento instrumental, sino que constituye uno de los parámetros configuradores del modelo de democracia de un país”. Partiendo de esta base señala Sandoval Coronado,⁴ que en la actualidad los partidos políticos se han convertido en “máquinas electorales que en lugar de fortalecerse como organización de militantes que sufragan sus gastos con cuotas y trabajo voluntario, han privilegiado la obtención de subvenciones públicas y de donaciones de grupos económicos como vías para hacer frente a los gastos que generan las campañas electorales”, entendiéndolo que es en este contexto de búsqueda de recursos económicos donde “se aprecia de manera más acusada el fenómeno de la corrupción en la financiación de los partidos políticos”.

La financiación de los partidos políticos es uno de los temas más conflictivos y cuestionados por la sociedad en relación con este tipo de organizaciones. Así, la falta de transparencia en relación tanto con sus ingresos y como con sus gastos determina una importante ausencia de control respecto de sus finanzas y actividades. A todo ello se une el hecho de que, en los últimos tiempos, han sido numerosos los casos de financiación “irregular” de partidos políticos que han saltado a la luz pública en nuestro país.

De este modo, este tipo de corrupción que había sido entendido como fenómeno individual por cuanto sólo afectaba a un concreto número de funcionarios o autoridades, “se ha manifestado en los últimos años con toda su crudeza a través de varios casos que han acaparado la atención mediática, como un fenómeno casi sistémico que se ha introducido en el corazón de los partidos políticos, corroyendo sus estructuras y corrompiendo a dirigentes e importantes cargos de los partidos políticos más relevantes”.⁵

Efectivamente, desde los años 80 del siglo pasado en España se han sucedido, casi de manera ininterrumpida, diversos escándalos de financiación de partidos políticos; así desde el caso *Filesa*, que afectó de lleno a la financiación del Partido Socialista Obrero Español, podemos llegar a la actualidad con el caso *Gurtel*, o el caso *Barcenas*, todavía en curso, y que inciden en la financiación del Partido Popular, con ciertos tintes, incluso, de la existencia de organizaciones criminales subyacentes. Estos escándalos han ocupado durante años portadas de periódicos y cabeceras de telediarios, y han marcado de manera rotunda y decisiva el devenir de la política nacional.⁶

² Cfrs. Sandoval Coronado, “La financiación corrupta de los partidos políticos. A propósito del ‘caso Pallerols’”, en *La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción. Doctrina y análisis de casos*, Puente Aba (Directora), Barcelona, 2015, p. 329.

³ Cfrs. Ariño Ortiz, *La financiación de los partidos políticos*, Documentos del Foro de la Sociedad Civil, nº 1, 2009, p. 4, <http://www.medioscan.com/pdf/financiacionpartidos.pdf>, ult. consult. 28.10.2016.

⁴ Cfrs. Sandoval Coronado, “La financiación corrupta de los partidos políticos”, *op. cit.*, p. 330.

⁵ Cfrs. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte Especial*, 20ª ed., Valencia 2015, p. 475.

⁶ Así, de forma resumida, podemos señalar como casos más relevantes o conocidos: Caso *Flick* (noviembre de 1984), en el que se acusaba al PSOE de haber recibido dinero negro procedente de fundaciones alemanas; Caso *de las tragaperras* (marzo de 1990), en el que



A pesar de esta rabiosa actualidad e innegable omnipresencia del fenómeno que daba a entender que la financiación irregular de los partidos políticos tenía respuesta jurídico penal en nuestro ordenamiento jurídico, lo cierto es que, como tal, no lo ha sido sino hasta la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, mediante la introducción de un nuevo Título en el Código Penal, el XIII *bis*, dedicado específicamente a la Financiación ilegal de partidos políticos.

Y ello se deriva de la evidente marginación que la cuestión de la financiación ilegal de partidos políticos sufre en el discurso anticorrupción internacional; de hecho ninguna de las Decisiones Marco ni Directivas procedentes de la Unión Europea hacen mención alguna a la regulación específica en las legislaciones de los países miembros, de un delito relativo a la financiación ilegal de partidos políticos. A pesar de ello, son numerosos los países que establecen disposiciones penales específicas acerca de este tema.⁷

Al mismo tiempo, es preciso señalar que el Consejo de Europa creó el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), al que encomendó el seguimiento y control de las medidas que adoptasen los distintos Estados firmantes en relación con el cumplimiento de las recomendaciones que el Grupo realizaba en materia de corrupción. Sobre esta base, el 8 de abril de 2003, el GRECO, adoptó una recomendación, suscrita por España, referente a las medidas para combatir la corrupción política en el seno de cada uno de los países firmantes, y en el año 2007 puso en marcha una evaluación sobre la transparencia en la financiación de los partidos políticos. Los

informes GRECO correspondientes a los años 2009, 2011 y 2013, arrojaron una valoración muy crítica del régimen de transparencia en los partidos políticos españoles, planteando una serie de propuestas de reforma en esta materia.⁸ Sin embargo, lo cierto es que, al margen de los concretos informes GRECO, ninguna actividad legislativa de la Unión Europea ha estado encaminada a aportar directrices específicas en relación con los casos de financiación ilegal de partidos políticos, que como veremos, constituyen un claro foco de corrupción, a pesar de la profusa normativa anticorrupción que se ha producido en el ámbito internacional en los últimos años. Parece como si los supuestos de financiación ilegal o bien fueran irrelevantes o insignificantes, o bien se encontraran claramente al margen de la corrupción política. Tal y como expondremos en este trabajo, en nuestra opinión no es cierto ni lo uno ni lo otro, y la realidad, al menos la realidad española, demuestra que es uno de los principales temas de preocupación en la sociedad.

Ahora bien, al margen de lo que pudiera considerarse que representan este tipo de comportamientos a efectos de la regulación legislativa de un concreto Estado, lo cierto es que antes del recurso a un instrumento coercitivo y reactivo como es el Código Penal resulta preciso, tal como señala Bustos Rubio,⁹ “enfaticar mucho más en los instrumentos eminentemente preventivos frente al fenómeno de la corrupción en general, y de la corrupción de los partidos políticos en particular”, señalando que la clave se encuentra en

se concedían licencias de máquinas trapaperras sin seguir los cauces legales a cambio de comisiones que, presuntamente, sirvieron en parte para la financiación del PNV; Caso *Naseiro* (abril de 1990), en el que se descubren indicios de que el PP fuerza a empresas inmobiliarias a pagar comisiones para poder construir; Caso *Filesa* (Mayo de 1991), en el que tres empresas cobran importantes cantidades de dinero por concepto de asesoramiento para destacadas empresas y bancos, actividad que nunca llegó a realizarse, y que ocultaba una financiación del PSOE; Caso *Ave* (mayo 1992), desglosado del caso *Filesa*, donde se investigaron presuntas comisiones pagadas en la construcción de la línea de Alta Velocidad Madrid-Sevilla, que sirvieron para la financiación del PSOE; Caso *Soller* (mayo de 1995), en el que hubo cobro de comisiones a la empresa adjudicataria de la construcción del túnel de Soller y que se dedicaron a la financiación del PP; Caso *del 3%* (2003), presuntamente CIU cobraba comisiones del 3% a las empresas adjudicatarias de contratos de construcción en Cataluña; Caso *Gurtel* (2009), se trata de una trama de cobro de comisiones ilegales a empresas para la financiación del PP; Caso *Campeón* (2011), donde se detecta una trama para captar subvenciones ilegales, que afectó a varios partidos políticos, PP, PSOE, BNG; Caso *Bárceñas* (2013), es un derivado del Caso *Gurtel* en el que el tesorero del PP pagaba presuntamente sobresueldos a altos cargos del PP que se proveían de comisiones pagadas por empresas que resultaban adjudicatarias de contratos de la Administración; Caso *Pallerols* (2013), por financiación ilegal de Convergencia de Cataluña, donde presuntamente se cobraron seis millones de euros de comisiones de distintas empresas.

⁷ Cfrs., Maroto Calatayud, *La financiación ilegal de partidos políticos: un análisis político criminal*, Marcial Pons, Madrid 2015, *passim*.

⁸ Así, el informe de evaluación de 2013, determinaba que sólo seis de las 15 recomendaciones del GRECO habían sido adoptadas correctamente por España. Cfrs. Bustos Rubio, “El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, en *Revista Penal*, nº 37, Enero 2016, pág. 63.

⁹ Cfrs. Bustos Rubio, *Ibidem, ibidem, ibidem*.

La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos

la transparencia y en un alto grado de participación ciudadana.¹⁰

Sin embargo, no ha sido sino hasta la reforma realizada por la LO 1/2015, donde el legislador español ha incorporado la tipificación expresa de diversas conductas consistentes en financiación ilegal de partidos políticos. Hasta ese momento, las posibles irregularidades en la financiación de los agentes y partidos políticos, podrían constituir alguna de las infracciones previstas en la Ley de Financiación de Partidos Políticos (LFPP),¹¹ o bien alguno de los delitos electorales previstos en el Ley de Régimen Electoral general,¹² en concreto, como veremos, la figura contenida en el art. 149 de castigo de la falsedad de la contabilidad electoral, pero aplicable exclusivamente durante el período de elecciones, o bien, la aplicación de manera creativa de algunos delitos contenidos en el Código Penal, como pudieran ser los delitos contra la Administración Pública,¹³ apropiación indebida,¹⁴ delitos societarios, falsedad o delitos contra la Hacienda Pública. Incluso se ha llegado a plantear la posibilidad de aplicar el delito de asociación ilícita, al considerar que podrían tratarse de casos de criminalidad organizada.¹⁵

Si bien es cierto que hasta este momento, la financiación ilegal no fue tipificada como delito autónomo, sin embargo desde hace décadas existían voces que abogaban por la inclusión expresa de este tipo delictivo,¹⁶ lo que provocó que el debate surgiera ya con ocasión de la elaboración del Código Penal de 1995, con la Ley de Financiación de Partidos Políticos, y con la reforma del Código Penal, realizada por la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio. Sin embargo, no fue sino hasta la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, cuando se tipifica de manera expresa el delito de financiación ilegal de partidos políticos.

Es preciso señalar que la incorporación de este nuevo tipo penal no se encontraba prevista en el Anteproyecto, sino que se incluye durante la tramitación parlamentaria, como consecuencia de los escándalos de financiación de partidos políticos y de corrupción que fueron surgiendo.¹⁷

Así, frente a la presunta laguna legal existente en nuestro Código Penal, el legislador de 2015 ha optado por incluir una serie de figuras delictivas que sancionan penalmente lo que se ha dado en denominar *financiación ilegal de partidos políticos*.¹⁸ De este modo,

¹⁰ Cfrs. Bustos Rubio, *Ibidem, ibidem, ibidem*. Navarro Cardoso, “Corrupción, transparencia y Derecho Penal. Especial referencia al derecho de acceso a la información pública”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 14, diciembre de 2014, pp. 106 y ss.

¹¹ Aprobada por la LO 8/2007, de 4 de julio, y modificada por la LO 5/2012, de 23 de octubre, y 3/2015, de 30 de marzo, mediante la cual se regula la *financiación ordinaria*, esto es, la destinada a costear los gastos de los partidos relacionados con el funcionamiento y las actividades de carácter extra-electoral.

¹² Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, donde se legisla la *financiación electoral*, destinada a sufragar los gastos propios de las campañas desarrolladas con motivo de las elecciones.

¹³ Así, se han aplicado los delitos de cohecho, prevaricación, malversación o tráfico de influencias; sin embargo, lo cierto es que estos tipos delictivos serían en realidad delitos conexos o de los que se derivan las acciones de financiación ilegal, que no abarcarían el desvalor propio de estos comportamientos, sino otro colateral y diverso. A esta situación, Maroto Calatayud la ha denominado “atipicidad relativa”, manteniendo que esta situación persiste tras la reforma de 2015, en la cual, dada la redacción de los nuevos tipos penales, permanecerán en la atipicidad “un amplio abanico de conductas, comúnmente asociadas a la financiación ilegal de partidos: todas las que quedan fuera de los artículos 5, ap.1 y 7 de la LOFP”, cfrs. Maroto Calatayud, *La financiación ilegal de partidos políticos*, op. cit., pp. 175 y 176.

¹⁴ Sin embargo, en realidad, los casos más relevantes no constituyen un supuesto en que el un sujeto perteneciente a la organización política se apropie irregularmente de los fondos de la misma, sino que la organización misma sea financiada a través de fondos que se han obtenido de manera irregular.

¹⁵ De hecho, en mi opinión, la realidad criminológica que se desprende del principal y más grave caso de financiación ilegal que se ha producido hasta el momento en nuestro país, esto es, el *caso Gurtel*, pone de relieve la existencia de una trama de corrupción que funciona como una auténtica estructura organizada para la comisión de distintos tipos delictivos, en concreto cohecho, malversación, tráfico de influencias, incluso blanqueo, y, evidentemente, como conducta conexa o derivada de las anteriores, la financiación ilegal del partido político en cuestión. En una línea similar, si bien conectando con la responsabilidad penal del partido político como persona jurídica, señala MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, op. cit., pp. 475-476 que “ya no se trata, o no sólo, de la corrupción individual de los dirigentes y miembros del aparato político o burocrático de los partidos, que tienen o deben tener su respuesta punitiva por los correspondientes delitos que cometan, sino de elevar a la categoría de delito la financiación ilegal misma del partido como institución política y, por tanto, si ello fuera necesario, exigir incluso la responsabilidad penal del propio partido político, como persona jurídica, sin perjuicio de la que corresponda a los que actúan en su nombre o representación”.

¹⁶ Vid, por todos, Maroto Calatayud, *Corrupción y financiación de partidos políticos: un análisis político criminal*, https://www.academia.edu/4077753/Corrupci%C3%B3n_y_financiaci%C3%B3n_ilegal_de_partidos_pol%C3%ADticos_un_an%C3%A1lisis_pol%C3%ADtico-criminal, pag. 82, nota 229, ult. Consult. 18 de noviembre de 2015.

¹⁷ Cfrs. Sainz-Cantero Caparros, “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, en Morillas Cueva (Direct.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Madrid 2015, p. 659.

¹⁸ Así, como iremos delimitando, se considerarán “financiación ilegal”, todas aquellas aportaciones, donaciones o ingresos que se hayan realizado y/o recibido al margen de lo dispuesto en la LO 8/2007, de 4 de julio sobre financiación de los partidos políticos, y sus sucesivas

mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se incluye en el Libro II del Código Penal, el Título XIII *bis*, bajo la rúbrica “*De los delitos de financiación ilegal de partidos políticos*”, que abarca dos nuevos preceptos, el art. 304 *bis* y el art. 304 *ter*, mediante los que se tipifican conductas delictivas que, según la Exposición de Motivos de la mencionada Ley, consistan en aceptar o recibir donaciones ilegales, o participar en estructuras y organizaciones cuyo principal objeto sea el de financiar ilegalmente a un partido político.¹⁹

Esta nueva incorporación típica implicó una amplia y profunda modificación de la LOFPP a fin de establecer una armonización y cohesión entre la regulación penal y la administrativa de los supuestos de financiación de los partidos políticos. Es por ello, que el mismo 31 de marzo de 2015, se publica en el *Boletín Oficial del Estado*, la LO 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los partidos políticos, por la que se modifican, entre otras, la LO 8/2007, de 4 de julio, y mediante la que se regula específicamente el cauce a través del cual han de realizarse las donaciones, se delimita el concepto de donación, se prohíben las donaciones realizadas por personas jurídicas, así como las condonaciones de deuda por las entidades de crédito,²⁰ se regula expresamente la figura del responsable de la gestión económico-financiera²¹ y se incorpora, junto al catálogo de infracciones muy graves ya previstas, una serie de faltas graves y leves, que determinan

la imposición de sanciones al margen del Derecho penal.²²

A pesar de todo ello, las incoherencias y lagunas en la regulación penal en esta materia siguen siendo graves e importantes. En este sentido, señala Nieto Martín²³ que “la legislación sobre financiación de partidos ha estado y está llena de lagunas inexplicables que dificultan el control sobre su financiación, que justamente es percibido como uno de los grandes problemas de la democracia”, y, así, pone de relieve, por ejemplo, la ausencia de regulación legal y penal en relación con la financiación de las fundaciones de los partidos políticos, lo que implica la falta de control del trasvase de fondos de uno a otro;²⁴ del mismo modo, señala que, si bien es cierto que tras la última reforma de la LOFPP, se prohíben las condonaciones de deuda totales o parciales de los partidos políticos por parte de las entidades de crédito (art. 4, apartado 4 LOFPP), por considerar que se trataría de una donación realizada por una persona jurídica, sin embargo, este comportamiento, si bien constituye una infracción muy grave de la LOFPP, quedaría al margen de la regulación penal, siendo, por tanto, atípico.²⁵

En relación con la concreta intervención penal establecida por la LO 1/2015, tampoco se ha producido de igual manera e intensidad en todos los ámbitos. De hecho, en la regulación que se realiza en nuestro ordenamiento jurídico de la financiación de los partidos políticos, se pueden distinguir dos grandes ámbitos: la financiación de las campañas políticas, esto es, la

reformas, y, más concretamente, cuando las cantidades que sufragan su actividad se hayan obtenido fuera de lo dispuesto por la LOFPP, o bien no respondan a los límites y requisitos previstos en la misma. Por ejemplo, en el caso de donaciones privadas, el art. 5 LOFPP, establece que los partidos políticos no podrán aceptar donaciones anónimas (apartado 1, a), o superiores a 50.000 euros (apartado 1 b), o donaciones de personas jurídicas (apartado 1 c), junto a ello obliga a declarar al Tribunal de Cuentas, las donaciones superiores a 25.000 euros y las donaciones de bienes inmuebles (apartado 2).

¹⁹ Tal como señala, Muñoz Cuesta, “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, en *revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5/2015, pág. 1, la descripción contenida en los nuevos arts. 304 *bis* y 304 *ter*, los configura como normas penales en blanco, puesto que la delimitación de lo que se considera como “financiación ilegal”, se realiza por remisión a la LO 8/2007, mediante la que se determinan los requisitos y condiciones de la financiación legal.

²⁰ En la LOFPP, versión anterior a la LO3/2015, los arts. 4 y 5 permitían la donación realizada por personas jurídicas, y el límite establecido era de 100.000 euros; además, el art. 4, apartado 4 preveía la posibilidad de condonaciones de deudas por parte de las entidades de crédito sujetas al límite de 100.000 euros anuales. Tras la LO 3/2015, el mismo art. 4, apartado 4, párrafo 2º prohíbe expresamente la condonación total o parcial de deudas a los partidos políticos.

²¹ La LO 3/2015, introduce un nuevo artículo, el 14 *bis*, en relación con el responsable de la gestión económico-financiera, en el que se establecen tanto los requisitos para su nombramiento, como sus funciones y régimen de responsabilidad del mismo.

²² El art. 17 de la LOFPP, establece las infracciones muy graves en el apartado 2º, las graves en el apartado 3º y las leves en el apartado 4º; mientras que el art. 17 *bis* determina las sanciones correspondientes a cada una.

²³ Cfrs. Nieto Martín, en Gomez Rivero y otros, *Nociones fundamentales de Derecho Penal, Parte Especial*, vol. II, 2ª ed., Madrid 2015, pág. 472.

²⁴ Señala Nieto Martín, *Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte Especial, op. cit.*, a modo de ejemplo, que el personal del partido podría ser aparentemente contratado por la fundación, con lo que trabajando para aquel sea costeado por ésta, o que la fundación pudiera hacerse cargo de determinados actos o campañas del partido, o pagar la hipoteca o alquiler de las sedes que comparten, etc.

²⁵ Cfrs. Nieto Martín, *Ibidem*.

La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos

relativa a los gastos en período electoral que se encuentra regulada en la Ley Orgánica de Régimen Electoral general (LOREG); y la financiación de los gastos ordinarios de los partidos políticos que es a la que se refiere la mencionada LOPPP.

No terminan aquí los defectos de los que, en mi opinión, adolece la regulación de este nuevo tipo penal, o mejor dicho, no comienzan aquí. El primero de ellos viene determinado por la cuestión de cuál es el bien jurídico que se pretende proteger al sancionar este tipo de comportamientos. Como veremos, serán varios los objetos de tutela que se barajen, sin que, por el momento, exista acuerdo doctrinal en relación a cuál o cuáles sean estos bienes jurídicos, y ni siquiera respecto a si existe un bien jurídico, y a si las conductas específicamente reguladas son o no lesivas para el o los concretos objetos de tutela.

Esta indefinición del bien jurídico a proteger, provoca un segundo defecto que ocasiona aún mayor confusión sobre el tema: el de su cuestionable ubicación sistemática. La reforma operada por la LO 1/2015, introduce el nuevo Título XIII *bis*, ente el Título XIII relativo a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, y el Título XIV de los delitos contra la Hacienda Pública y la seguridad social. Tal como señala Sainz-Cantero Caparros,²⁶ resulta sorprendente que una modificación cuya causa principal se encuentra en la necesidad de mejorar e implementar instrumentos de represión y prevención de la corrupción pública, tal como se señala en la Exposición de Motivos de la Ley, cuya justificación se incluye entre los delitos contra la Administración Pública, termine sistemáticamente ubicada en un lugar que poco o nada tiene que ver con la corrupción pública. Y ello pudiera indicar que en la voluntad del legislador la vertiente pública de este tipo de comportamientos tiene poca relevancia, considerando que se trata de un comportamiento corrupto que incide principalmente en la esfera privada.

Nada más lejos de esta concepción en lo que se refiere a los partidos políticos, dado que, en mi opinión, de tener alguna trascendencia en el ámbito penal

sólo estaría justificada desde el prisma de la afección de “lo público” que ello pudiera determinar. Es por ello que considero inadecuada esta ubicación sistemática, debiendo haberse situado en otro lugar del Código Penal, donde se refleje más adecuadamente la naturaleza y trascendencia de los comportamientos que se están tipificando.²⁷ Así, muy acertadamente señala Muñoz Conde²⁸ que si bien pudiera considerarse como un delito de enriquecimiento ilícito con carácter patrimonial y económico, “sin embargo, dada la importancia institucional de los partidos políticos en un Estado democrático como representantes y canalizadores de la voluntad popular (art. 6 CE), más bien podría considerarse que se trata de un delito contra el orden constitucional, cuyo correcto funcionamiento depende de que los partidos políticos ejerzan, en condiciones de igualdad y garantizando el pluralismo político, su labor de representantes de la voluntad popular sin mediatizaciones de los grandes grupo de presión económica”. A ello, se une la posibilidad de considerarlo como delito contra la Administración Pública, en tanto que la financiación ilegal se lleve a cabo por los dirigentes de los partidos políticos que puedan tener carácter de autoridad o funcionario público.

Sin embargo, son aún más los defectos de los que adolece la regulación del nuevo delito de financiación ilegal; a la dificultad de delimitar cuál es el bien jurídico que se protege y a su cuestionable ubicación sistemática, se une la especialmente criticable técnica de tipificación penal que configura el art. 304 *bis* como una norma penal en blanco con una remisión tan concreta a la legislación extrapenal, que por una parte va a determinar la impunidad de numerosos comportamientos que se encuentran al margen de la misma, y, por otra, la modificación directa del contenido del injusto mediante la reforma de una legislación administrativa vulnerando con ello de manera clara y directa el principio de legalidad.

Junto a ello, otra serie de deficiencias como la incorporación de un delito de “pertenencia” a una determinada estructura u organización que planteará serios

²⁶ Cfrs. Sainz-Cantero Caparros, “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, pp. 660 y 661.

²⁷ En el mismo sentido, señala Sainz-Cantero Caparros, “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 661, que hubiera sido mas conveniente situarla como añadido a los delitos contra la Administración Pública o, incluso, los relativos a la Constitución, dado que los partidos políticos, en su concepción actual, son un instrumento esencial para el desarrollo del Estado social y democrático de Derecho, “no sólo por las funciones que se les atribuye por la Constitución, sino porque a la postre, en nuestro sistema son los partidos políticos los que pueden mediatizar, condicionar, componer los órganos de los que dependen los tres poderes del Estado”.

²⁸ Cfrs. Muñoz Conde, *Derecho penal, Parte especial*, 20ª ed., Valencia 2015, p. 475.

problemas concursales con los concretos delitos de organización regulados en los arts. 515 o 570 bis y ss. del Código penal y la indefinición de muchos de los términos empleados, etc.. Toda esta defectuosa regulación determina que sea uno de los tipos más cuestionables que se han introducido en el Código Penal, al tiempo que, como veremos a continuación, plantea serias dudas en relación tanto con su legitimidad como con su potencial eficacia.

II. Regulación penal de la financiación ilegal de partidos políticos

Tal como hemos puesto de relieve, la regulación jurídico penal de los casos de financiamiento irregular de un partido político es doble:²⁹

a.- **Financiación ilegal electoral**, que se encontraría recogida en el art. 149 de LOREG³⁰ donde se sanciona la falsedad en la contabilidad que debe reflejar los ingresos y gastos habidos durante la campaña electoral, con la pena de prisión de uno a cuatro años, y multa de doce a veinticuatro meses. Es decir, la conducta delictiva sancionada, esto es falsear, ha de recaer sobre las partidas contables y las cuentas electorales³¹ que están vinculadas exclusivamente a sufragar los gastos derivados de las campañas electorales desarrolladas con carácter inmediatamente previo a la celebración de elecciones.

Ahora bien, lo que resulta evidente del análisis del tipo penal contenido en el art. 149 LOREG es que no

se sanciona la financiación electoral irregular, es decir, la concesión u obtención de fondos para sufragar los gastos electorales que determinen una infracción de las restricciones legales impuestas al respecto,³² sino simplemente la creación de falsedades en la contabilidad electoral encaminadas a ocultar o disimular la obtención de fondos o realización de gastos vulnerando los límites legales³³.

b.- **Financiación ilegal de partidos políticos**, con directa referencia a los supuestos de financiación irregular de los gastos ordinarios de los partidos políticos, con infracción de las exigencias y limitaciones contenida en la LOFPP. Se regulan estas conductas en el nuevo Título XIII bis, arts. 304 bis y 304 ter, incorporados al Código Penal por la reforma realizada por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

En concreto se sancionan las irregularidades detectadas en relación con la financiación privada de los partidos, dejando absolutamente al margen del ámbito penal las conductas irregulares relativas a la financiación pública, esto es, las subvenciones públicas, que constituyen una de las principales fuentes de financiación.³⁴

Dedicaremos, por tanto, las siguientes páginas al análisis de los principales aspectos de este nuevo delito introducido en nuestro ordenamiento jurídico mediante la reforma penal realizada en 2015, comenzando por la delimitación de cuál o cuáles puedan ser los bienes jurídicos que se protegen mediante esta concreta tipificación.

²⁹ Señala Puente Aba, "Delitos electorales", en Feraldo Cabana (Direct.), *Comentarios a la legislación penal especial*, Lex Nova, 2012, p. 265, que existen tres vías de financiación para los agentes políticos: la financiación electoral, destinada a sufragar los gastos propios de las campañas electorales desarrolladas con motivo de las elecciones, en los que incurren las candidaturas presentadas por partidos políticos, coaliciones, federaciones y agrupaciones de electores (regulada en la LOREG); la financiación de los partidos políticos (regulada en la LO 8/2007, de 4 de julio, y modificada por la LO 3/2015, de 30 de marzo); y las subvenciones a grupos parlamentarios (reguladas en los Reglamentos de las dos Cámaras del Parlamento). Cfrs. en este sentido, Rodríguez Lopez, *Contabilidad y financiación de los partidos políticos*, Madrid 2011, pp. 72 y ss.; Romero Flores, *Partidos políticos y responsabilidad penal: la financiación electoral irregular*, Barcelona, 2005, pp. 77 y ss.

³⁰ El art. 149 de la LOREG establece: "1. Los administradores generales y de las candidaturas de los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores que falseen las cuentas, reflejando u omitiendo indebidamente en las mismas aportaciones o gastos o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables, serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. 2. Los Tribunales atendiendo a la gravedad del hecho y sus circunstancias podrán imponer la pena en un grado inferior a la señalada en el párrafo anterior".

³¹ Cfrs. Puente Aba, "Delitos electorales", *op. cit.*, p. 265.

³² Así, la LOREG limita las cantidades de dinero que se pueden aportar para financiar una campaña electoral, tanto si los fondos provienen de una persona privada como si proceden del Estado; en concreto el art. 129, en relación con la financiación privada, establece el límite de 10.000 euros como cantidad máxima que una persona puede aportar a las cuentas abiertas por un mismo partido, federación, coalición o agrupación para unas mismas elecciones; y el art. 127, respecto de la financiación pública, también limita los gastos susceptibles de subvención por parte del Estado.

³³ Cfrs. Nieto Martín, *Nociones fundamentales de Derecho Penal, parte especial*, *op. cit.*, p. 473; en el mismo sentido, Puente Aba, "Delitos electorales", *op. cit.*, p. 266.

³⁴ Cfrs. Nieto Martín, quien afirma que la financiación ilegal sancionada "se traduce en la realización de contabilidades dobles o en la no contabilización de las contribuciones que recibe el partido político".

La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos

1. Bien jurídico protegido en la financiación ilegal de partidos políticos

Independientemente de la necesidad o conveniencia política de la tipificación expresa del delito de financiación ilegal de partidos políticos, desde el punto de vista dogmático es necesaria la identificación de uno o varios bienes jurídicos autónomos que justifiquen y legitimen la intervención penal en esta materia,³⁵ así como la valoración de si la agresión a ese concreto bien jurídico, tal y como ha sido regulada, es merecedora de la tutela penal dado que tales bienes o intereses no encuentran adecuada protección en otros sectores del ordenamiento jurídico, o, incluso, en otros tipos delictivos del texto penal.

Como cuestión previa es necesario señalar que no puede darse una respuesta sencilla a los interrogantes planteados. De hecho, nos encontramos ante un fenómeno social en el que los numerosos casos de corrupción pública relacionados con financiación de partidos políticos que han salido a la luz, han generado un enorme escándalo y una grave preocupación en la ciudadanía que podría “justificar” la inclusión en el texto penal de estos concretos comportamientos. Creo que es algo aceptado doctrinalmente que la reforma de nuestras leyes penales no puede ni debe utilizarse como un medio para acallar la indignación social y para manifestar que el legislador está identificado con determinadas preocupaciones de los ciudadanos;³⁶ por el contrario, una modificación del ordenamiento jurídico penal sólo procede si realmente es necesaria, esto es, si existen lagunas o contradicciones en nuestras normas y siempre que la Constitución permita el recurso al Derecho penal en relación con esa necesidad.

Desde este prisma es evidente que la legislación penal no puede responder a motivos oportunistas o

electorales, y que su única o principal función no es la de tranquilizar a la opinión pública. Entre otras cosas porque la “intranquilidad de la opinión pública”, su “preocupación” o la “alarma social” no constituyen, en mi opinión, suficiente fundamento como para plantearse una reforma legislativa en materia penal.³⁷ Así pues, para la criminalización de conductas es preciso que sean “lesivas u ofensivas de un valor de los considerados fundamentales para la convivencia”.³⁸

Resulta innegable que los partidos políticos constituyen un instrumento indispensable e irrenunciable en un Estado democrático, y que, por tanto, cumplen una función básica para el correcto funcionamiento del mismo. Y esta importancia y trascendencia de los partidos políticos encuentra su reflejo incuestionable en la Constitución Española, que en su art. 6 afirma que expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular, y son instrumentos fundamentales para la participación política de los ciudadanos. En definitiva, del mandato constitucional se deriva, claramente, que su principal función consistirá en ser receptores de la voluntad popular y representarla y defenderla en los órganos representativos del Estado. Así, afirma Olaizola Nogales³⁹ que “estas funciones pueden resumirse en una: la de ser los partidos los intermediarios entre la sociedad y el Estado”.

Efectivamente, es evidente que tanto la formación como la manifestación de la voluntad popular debe producirse de una forma absolutamente libre de injerencias externas que pretendan favorecer intereses y voluntades particulares, y que estas injerencias quebrantan el criterio de objetividad y producen una perturbación grave de las funciones de formación y manifestación de la voluntad popular al implicar que no coincida la voluntad de los ciudadanos que votan a un partido, con el real programa del mismo.

³⁵ El Derecho penal ostenta una función de protección en relación con determinados valores o intereses que aseguran la convivencia pacífica en la sociedad; función que constituye la justificación y fundamento de la intervención penal. Así, la identificación tanto de un bien jurídico que necesita ser protegido, como la existencia de conductas dañinas y ofensivas para el mismo, y por tanto, merecedoras de pena, se convierten en el eje central e irrenunciable de la intervención penal. Y ello necesariamente conlleva la ilegitimidad de normas penales, o lo que es lo mismo, tipos penales, que no protejan bien jurídico alguno. Cfrs. Nuñez Castaño, *Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte General*, en Gomez Rivero/Martinez Gonzalez/Nuñez Castaño, 3ª ed., Madrid 2015, pp. 51 y 56.

³⁶ A este tipo de tendencias se refiere Diez Ripolles, “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Actualidad Penal*, nº 1, 1-7, enero 2001, p. 17 que las denomina *leyes identificativas*.

³⁷ Cfrs. Nuñez Castaño, “Tendencias político-criminales en materia de terrorismo tras la LO 2/2015, de 30 de marzo: la implementación de la normativa europea e internacional”, en *Revista penal*, nº 37, enero 2016, p. 115.

³⁸ Cfrs. Sainz-Cantero Caparros, “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 662.

³⁹ Cfrs. Olaizola Nogales, “El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del Código Penal”, *La Ley* 2637/2015, p. 1.

⁴⁰ Cfrs. Olaizola Nogales, *op. cit.*; Navarro Mendez, *Partidos políticos y democracia interna*, Madrid 1999, pp. 236 y ss.

En definitiva, los partidos políticos son considerados sujetos imprescindibles para el funcionamiento del Estado democrático representativo, constituyendo el principal, y casi el único, vehículo de expresión política ciudadana.⁴⁰ Ahora bien, siendo cierto que no resulta preciso garantizar que la formación y manifestación de la voluntad popular se realice de manera libre y, por tanto, se garantice el correcto funcionamiento del sistema de partidos políticos, queda por determinar si éste es interés digno de ser protegido por el Derecho penal, y si es el único que hay que proteger.

Ya con anterioridad a la reforma de 2015 que tipificó expresamente el delito de financiación ilegal, la doctrina había puesto de relieve que eran varios los intereses o bienes jurídicos merecedores de protección penal en este ámbito. Se trata, sin embargo, de identificar por parte de la doctrina intereses más concretos que puedan derivarse de ese correcto funcionamiento de un sistema democrático de partidos, y es en este punto, donde empiezan a surgir las matizaciones doctrinales.

Junto a este correcto funcionamiento democrático del sistema de partidos, pueden reconocerse otra serie de intereses igualmente dignos de protección como la *transparencia en la financiación*, la *igualdad de oportunidades* entre las distintas fuerzas políticas, la *democracia interna* dentro de los partidos y, obviamente, la *confianza de los ciudadanos* en el funcionamiento de este sistema de partido, que es la base fundamental del Estado democrático.⁴¹

En relación con el correcto funcionamiento del sistema de partidos, y los distintos intereses involucrados en el mismo (transparencia, igualdad, democracia interna, confianza) es preciso señalar, como afirma Nieto Martín,⁴² que “este objetivo se concreta en primer término en garantizar que los partidos políticos actúen defendiendo los intereses de clase o políticos que tengan mercados, pero no acaben siendo

una herramienta en manos de determinados intereses privados”. Al mismo tiempo, se exige, para este correcto funcionamiento, que se cumpla el mandato de igualdad de oportunidades entre las fuerzas políticas, en el sentido de igualdad de armas y recursos, así como la transparencia patrimonial de los partidos, que constituyen requisitos indispensables para que el voto pueda ser verdaderamente responsable y, por tanto, libre⁴³.

Al mismo tiempo, es preciso garantizar la existencia de democracia interna y la evitación de oligarquización de las organizaciones políticas, aspectos directamente afectados por la financiación ilegal de un partido político.⁴⁴

Es, sin embargo en este punto donde difiere claramente Olaizola Nogales,⁴⁵ para quien el funcionamiento del sistema de partidos políticos no es, en sí mismo, lo que constituye un bien jurídico merecedor de protección penal, entendiendo que “el criterio para decidir cuándo una conducta de financiación ilegal merece reproche penal y cuando no, debe venir derivado de las propias funciones constitucionales que ejercen los partidos políticos hacia los ciudadanos”; funciones que se derivan del art. 6 de la Constitución Española y que se concretan en que constituyen una expresión del pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instituciones fundamentales para la participación política.

Sobre esta base, considera esta autora, que el delito de financiación ilegal sólo encontrará justificación y legitimidad desde el prisma de castigar aquellos comportamientos que perturben las mencionadas funciones de servicio a los ciudadanos que cumplen los partidos. De este modo, dado que los partidos políticos son los instrumentos necesarios para la participación de los ciudadanos en la vida política, en consecuencia “no cualquier perturbación de la transparencia financiera o de la igualdad entre

⁴¹ Cfrs. Nieto Martín, “Financiación ilegal de partidos políticos”, en Arroyo Zapatero/Nieto Martín (Coords.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Cuenca 2006, pp. 120 y ss; Olaizola Nogales, *La financiación ilegal de partidos políticos: un foco de corrupción*, Valencia 2014, pp. 191 y 192; Puente Aba, “Financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis CP)”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Gorriñ Royo/Matallín Evangelio (Coord.), González Cussac (Director), 2ª ed., Valencia 2015, p. 908; Sainz-Cantero Caparros, “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, pp. 662 y ss.

⁴² Cfrs. Nieto Martín, *Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte Especial*, *op. cit.*, pp. 473 y 474.

⁴³ Cfrs. Nieto Martín, “Financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 123.

⁴⁴ Cfrs. Maroto Calatayud, *Corrupción y financiación de partidos políticos: un análisis político criminal*, *op. cit.*, pp. 180 y ss; Nieto Martín, *Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte especial*, *op. cit.*, p. 474.

⁴⁵ Cfrs. Olaizola Nogales, “El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del Código penal”, *op. cit.*, pp. 1 y 2; ya previamente, la misma autora, en *La financiación ilegal de partidos políticos*, *op. cit.*, p. 192.

La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos

las fuerzas políticas o de la democracia interna de los partidos será suficiente para ser tipificada penalmente a través de un tipo autónomo, sino que se sancionarán penalmente aquellas conductas que, trascendiendo del ámbito interno del partido, supongan una perturbación de la manifestación de la voluntad popular⁴⁶.

No comparto la postura sostenida por esta autora en el sentido de excluir del ámbito típico los comportamientos que permanezcan en el ambiente interno de la organización del partido político, sin una manifiesta trascendencia al exterior. Efectivamente, pueden existir conductas, y de hecho existen,⁴⁷ que implicando una *financiación privada* de los partidos políticos,⁴⁸ sin una aparente trascendencia exterior, como pudiera ser la utilización de fondos del partido de manera extraoficial, afecten tanto a la transparencia como a la democracia interna del propio partido, al implicar una posición de superioridad y mayor capacidad de influencia de aquel miembro o sector que dispone de fondos propios, y, ello, lógicamente determina una injerencia de intereses ajenos a la pura voluntad popular que lesiona las funciones constitucionalmente establecidas y, sobre todo, que determina un quebrantamiento de la confianza que los ciudadanos tienen depositados en los partidos como representantes directos de su voluntad.

Por ello, considero que esta *democracia interna* que constituye uno de los aspectos del correcto funcionamiento de los partidos políticos, es un interés merecedor de protección penal, no sólo porque se trate de un mandato constitucional sino porque “sólo

desde los valores democráticos una formación política podrá respetar el pluralismo ideológico y representar correctamente las distintas sensibilidades que la integran”.⁴⁹ Es evidente, la capacidad que tienen los partidos políticos y, sobre todo cuando están gobernando, en relación con la conformación de las decisiones públicas y el dominio sobre la Administración Pública y sus instituciones, y, por ello, la financiación irregular de un partido político por personas, empresas o grupos de intereses puede implicar el mismo riesgo para el correcto funcionamiento de todo el sistema democrático y de la Administración Pública, que el que se deriva de un concreto soborno a un funcionario.⁵⁰ O dicho de otra manera, el poder de influencia en las decisiones y políticas de un partido a través de una financiación oculta o ilegal, abre las puertas de quienes así financian para influir sobre la Administración y los asuntos públicos.

Por todo lo expuesto hasta el momento, considero que con el delito de financiación ilegal de partidos políticos que introdujo la LO 1/2015, pretende protegerse el *correcto funcionamiento del sistema de partidos políticos* establecido por el art. 6 de la Constitución Española. Este concreto objeto de tutela se manifiesta en una serie de intereses autónomos de extraordinaria importancia para el funcionamiento del sistema democrático, esto es: *la transparencia en la financiación, la igualdad de oportunidades en las distintas fuerzas políticas y la democracia interna*, en tanto en cuanto todos ellos son esenciales para *la confianza de los ciudadanos en el funcionamiento del*

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ Esto puede comprobarse por ejemplo en el conocido como *caso Bárcenas*, donde se realizaba el pago de sobresueldos y otro tipo de bienes a concretos dirigentes del Partido Popular, en detrimento de otros, mediante fondos que permanecían en una “caja B”, e incluso se pagaban remodelaciones y gastos de las instalaciones propias de la organización política que, quizás no tuvieran un efecto directo externo al propio partido, pero desde luego afectaban no sólo a las reglas de juego en materia de igualdad de oportunidades tanto dentro como fuera de la organización, sino que incidieron de manera relevante e innegable en la confianza de los ciudadanos respecto del correcto funcionamiento del sistema de partidos, y consecuentemente del sistema democrático. De hecho, el tan “alegado” fin del bipartidismo, encuentra su razón principal y directa en esta pérdida de confianza.

⁴⁸ Nieto Martín afirma que existen dos formas de financiación privada oculta: una directa en la que el partido recibe los fondos y constituye una caja negra con ellos, sin incluirlos en la contabilidad, y otra indirecta en la que el objetivo prioritario es ocultar la identidad del donante o la cuantía de la donación. Es posible que en algunos supuestos no tengan trascendencia externa, pero como ya hemos dicho, ello no implica que pueda afirmarse que por ello no se incumplen las funciones que tienen asignadas en un Estado democrático, más bien al contrario, cfrs., “Financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 133.

⁴⁹ Cfrs. Olaizola Nogales, *La financiación ilegal de los partidos políticos*, *op. cit.*, p. 205 quien, sin embargo, llega a una conclusión diversa a la sostenida en este trabajo, al afirmar que “la democracia interna en sí misma no tiene entidad para ser reconocida como una bien jurídico penal, al menos autónomo. No creo que la perturbación de los procesos internos de los partidos políticos tenga entidad suficiente para constituir un injusto específico”, y afirma que a estos casos se les podrá dar solución vía administrativa, cfrs. *op. cit.* p. 206.

⁵⁰ Cfrs. Nieto Martín, *Nociones fundamentales de Derecho Penal, Parte Especial*, *op. cit.*, p. 474.

sistema democrático.⁵¹ Pero, además, todo ellos se derivan de las específicas funciones señaladas en el mencionado art. 6 del texto constitucional: *pluralismo político, formación y manifestación de la voluntad popular; y participación política*.

Como afirma Sainz-Cantero Caparros,⁵² “la financiación anómala de los partidos políticos, en cuanto rompe las reglas de igualdad, de objetividad y transparencia del sistema democrático de partidos es en sí misma antijurídica; alcanzando su más grave e intolerable dimensión, cuando además se convierte en un mecanismo para condicionar de forma manifiesta el normal cumplimiento de tales funciones”.

Es, por tanto, la distorsión del correcto funcionamiento del sistema de partidos políticos, sobre la base del incumplimiento de las funciones que expresamente se le atribuyen, lo que pudiera considerarse como objeto a tutelar por el ordenamiento jurídico. Cuestión distinta es el hecho de si realmente el recurso al Derecho penal, esto es, la tipificación expresa de este tipo de comportamientos está o no justificada sobre la base de criminalizar comportamientos que efectivamente y de manera grave, sean ofensivos en relación con este bien jurídico, o si hubiera bastado con una regulación extrapenal de los mismos.

2. Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos en el Código Penal

La Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, introdujo como ya hemos manifestado un nuevo Título, el XIII bis, titulado “*De la financiación ilegal de partidos políticos*”, compuesto por dos preceptos, el art. 304 bis y el art. 304 ter. Se crean, de este modo, dos delitos diferentes en relación con los comportamientos irregulares o ilegales de financiación de los partidos políticos:

1.- Un delito de *financiación ilegal* (art. 304 bis) que consiste en recibir o entregar donaciones o aportaciones a un partido político, con infracción de lo dispuesto en la normativa administrativa al respecto, que se encuentra configurado, de manera similar al delito de cohecho, por dos modalidades típicas: la financiación ilegal pasiva y la financiación ilegal activa, junto con varios supuestos agravados.

2.- Un delito de *pertenencia a una organización destinada a la financiación de partidos políticos* (art. 304 ter), que se configura, como veremos, no como una modalidad agravada de comisión del comportamiento descrito en el artículo anterior, sino como un tipo penal autónomo, cuyo fundamento se encuentra exclusivamente en la pertenencia a una organización o estructura, esto es, un *delito de organización* donde lo que se sanciona no es la aportación o no de fondos a un partido político de manera ilegal, sino la mera integración en un colectivo con una concreta finalidad, que implica, como expondremos, una excepcionalidad claramente incompatible con los principios y garantías de un Estado de Derecho.⁵³

Llegados a este punto, se hace preciso el análisis separado de cada uno de los tipos delictivos previstos en el nuevo Título XIII bis, a fin de poder determinar tanto la coherencia como la necesidad de regulación específica de este tipo de comportamientos, y la adecuación de las mismas para dar respuesta a las demandas criminalizadoras y supuestos típicos que se producen en este ámbito.

2.1. El delito de financiación ilegal (art. 304 bis del Código Penal)

La figura delictiva regulada en el artículo 304 bis sanciona, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, los comportamientos relativos tanto a la

⁵¹ Cfrs. Nieto Martín, “Financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 123.

⁵² Cfrs. Sainz-Cantero Caparros, “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 666.

⁵³ Así, señala Cancio Melia, “Delitos de organización”, en *Revista Electrónica del Instituto Latinoamericano de Estudios en Ciencias Penales y Criminológicas*, 006-01 (2011), www.ilecip.org, pp. 16 y 17 que “el hecho de convertir en infracción criminal la mera integración en un colectivo - es decir, los delitos de organización- supone una reacción excepcional frente a determinadas organizaciones, organizaciones que representan un injusto específico”; en el mismo sentido, Nuñez Castaño, *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*, Valencia, 2013, pp. 86 y 87, aunque en relación con el delito de pertenencia a organizaciones y grupos terroristas afirma que “la pertenencia a organizaciones o grupos terroristas, en tanto que son delito de organización, debieran regularse con el resto de supuestos de pertenencia a organizaciones criminales, por cuanto no son sino una subespecie o modalidad o manifestación de un mismo fenómeno, la criminalidad organizada, aunque con distinta finalidad de la que conlleva la criminalidad organizada común. Cualquier excepcionalidad en el tratamiento de conductas que, en esencia, tienen igual desvalor contribuye a elevar el Derecho penal de excepción a la categoría de normalidad, lo cual resulta claramente incompatible con los principios y garantías de un Estado de Derecho”. Es evidente, en mi opinión, que el tipo delictivo previsto en el art. 304 ter del Código Penal, configura un supuesto de criminalidad organizada, que se distingue de la común por la finalidad concreta que persigue, esto es, la financiación ilegal de partidos políticos.

La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos

aceptación como a la entrega de donaciones o aportaciones a partidos políticos realizadas de manera irregular, esto es, infringiendo la normativa administrativa al respecto, como un delito de *financiación ilegal*. Al tratarse este tipo de comportamientos, de conductas muy cercanas en naturaleza a las figuras de corrupción, su estructura típica se articula de modo similar a las mismas, y por ello, puede diferenciarse entre una financiación ilegal *pasiva* (quienes reciben las donaciones o aportaciones) y una financiación ilegal *activa* (quienes realizan las donaciones o aportaciones)⁵⁴. Estudiaremos, por tanto, cada una de ellas por separado, si bien comenzaremos nuestro análisis por los elementos comunes a ambas modalidades típicas: la técnica legislativa, el objeto material del delito y la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

2.1.1. Elementos comunes a las dos modalidades típicas:

A. LA NORMA PENAL EN BLANCO COMO TÉCNICA LEGISLATIVA

El primer aspecto que es necesario poner de relieve en relación con el tipo penal recogido en el art. 304 *bis* es que se configura como una *norma penal en blanco*,⁵⁵ aunque a diferencia de la mayor parte de los supuestos de este tipo de normas en el Código Penal, aquí no se realiza una remisión a un conjunto normativo, como podría ser LO-FPP, sino una *remisión estática* a un concreto precepto de ese texto legal, concretamente los arts. 5.1 y 7.2, y ello determina la concurrencia de distintos problemas en este punto. El primero es evidente, tal como señala Nieto

Martin,⁵⁶ es que un hipotético cambio en alguno de los artículos señalados, dejaría a la norma penal sin contenido alguno, haciendo precisa una nueva reforma penal para adaptarlo a la regulación administrativa concreta.

A ello se une que esa remisión estática, implica, como veremos, la obligatoriedad *ex lege* de excluir del ámbito típico una serie de donaciones ilegales, que, a pesar de sobrepasar la cantidad señalada, sin embargo no aparecen expresamente mencionadas en el mismo.⁵⁷ Pero, además, la descripción típica realizada determina que se eleva la infracción administrativa a delito, sin exigir ningún elemento adicional de lesividad, lo que ineludiblemente provoca un problema de vulneración del *ne bis in idem*, al ser absolutamente idénticas ambas conductas, e incluso, tal como pone de manifiesto Olaizola Nogales⁵⁸, llegar a absolutos absurdos jurídicos dado que la legislación administrativa “no sanciona al donante, por lo que éste responderá en todo caso por vía penal. Puede darse la paradoja de que el miembro del partido que recibe la donación sea sancionado por vía administrativa y el donante por vía penal. O que se considere que si el miembro del partido es sancionado por vía administrativa, la conducta del donante debe quedar impune”.

Pero, quizás, lo más relevante respecto de la técnica legislativa que se ha empleado es que puede ser discutible su constitucionalidad, desde el prisma del principio de legalidad, por cuanto los presupuestos esenciales, o lo que es lo mismo, el núcleo de la conducta prohibida se encuentra totalmente remitido a lo establecido en la norma administrativa, constituyendo un supuesto claro de *remisión en bloque*⁵⁹ que resultaría contrario al principio de reserva de ley orgánica que no cumpliría, en mi opinión,

⁵⁴ Como puede observarse es una estructura prácticamente idéntica a la de cohecho, donde se diferencia entre cohecho pasivo, cometido por el funcionario público, y cohecho activo cometido por el particular. Así, en el caso de la financiación ilegal, también se trata de dos caras de una misma moneda, de manera que cometerá financiación ilegal pasiva quien recibe las donaciones, que debe ser una persona con capacidad legal o representación del partido político, y financiación ilegal activa quien las entrega, esto es, la persona física o jurídica que realiza la donación. Del mismo modo que en el cohecho, ambas conductas van indisolublemente unidas, de modo que para que exista la una, debe concurrir la otra, salvo en los casos de formas imperfectas de ejecución, como veremos.

⁵⁵ Cfrs. Nieto Martin, *Nociones fundamentales de Derecho penal. parte especial, op. cit.*, p., 474; Olaizola Nogales, “El delito de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, pp. 2 a 4; Muñoz Cuesta, “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 2; Maroto Calatayud, *La financiación ilegal de partidos políticos, op. cit.*, pp. 314 y 315; Corcoy Bidasolo/Gallego Soler, “De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, en Corcoy Bidasolo/Mir Puig (direct.), *Comentarios al Código Penal, reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia, 2015, p. 1039.

⁵⁶ Cfrs. Nieto Martin, *Nociones fundamentales de Derecho Penal, parte especial, cit.*, p. 474.

⁵⁷ Cfrs. Olaizola Nogales, “El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del Código Penal”, *op. cit.*, p. 2; Maroto Calatayud, *La financiación ilegal de partidos políticos, op. cit.*, p. 314.

⁵⁸ Cfrs. Olaizola Nogales, *op. cit.* En el mismo sentido, Maroto Calatayud, *La financiación ilegal de partidos políticos, op. cit.*, p. 315; Corcoy Bidasolo/Gallego Soler, “De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, *op. cit.*, p. 1039.

⁵⁹ Las *remisiones en bloque* son aquellas en las que la infracción administrativa se convierte en el elemento esencial del tipo penal, de tal modo que sin esa infracción no existe delito. Se trata de supuestos en los que no hay diferencia entre la infracción penal y la administrativa, siendo la normativa administrativa la que configura y determina la conducta delictiva, cfrs. Nuñez Castaño, *Nociones Fundamentales de Derecho Penal, Parte General, Op. Cit.*, P. 66.

los requisitos de legitimidad exigidos por el Tribunal Constitucional para la admisión de este tipo de normas.⁶⁰

B. DONACIONES O APORTACIONES COMO OBJETO MATERIAL DEL DELITO:

Las distintas modalidades típicas recogidas en el art. 304 *bis* del Código Penal, establecen como objeto material de las conductas típicas previstas, las *donaciones o aportaciones* realizadas a los partidos políticos. Se trata, por tanto, de determinar en qué consisten estas donaciones o aportaciones a las que se hace referencia.

Como punto de partida es preciso señalar que la descripción típica de los preceptos que sancionan los comportamientos de financiación ilegal de partidos políticos sólo permite centrarse en una modalidad específica de financiación: la de origen privado y que además sea la destinada para el funcionamiento habitual y los gastos ordinarios del partido político.⁶¹ Ello implica la automática exclusión *ex lege* de los delitos de financiación ilegal tanto de los supuestos en los que se trate de *financiación pública*, como de aquella que se encuentre específicamente destinada a los gastos en período electoral.⁶²

De hecho, como veremos, en el Código Penal no se tipifica la realización de falsedades en la contabilidad del partido, quedando este tipo de conductas relegada a constituir, en el caso de que fuera en período electoral, la infracción prevista en el art. 149 LOREG. Con ello, se están dejando fuera del ámbito de aplicación del Có-

digo Penal, comportamientos plenamente equiparables, en sede de lesividad para el bien jurídico, a los expresamente tipificados. La financiación privada ilícita puede diferenciarse en dos modalidades: la financiación oculta directa y la financiación indirecta⁶³; en el primer caso, el Partido Político recibe los fondos ilícitamente y los oculta de manera que no aparecen en su contabilidad; mientras que en la *financiación indirecta*, las donaciones son reflejadas en la contabilidad pero de forma fraudulenta, ya sea falseando la cuantía, fraccionando el importe, ocultando al verdadero donante o disfrazándolo como otro negocio jurídico.⁶⁴ La mayor parte de los casos señalados en este segundo bloque constituirán un supuesto de falsedad ideológica cometida por particular por lo que devendrá inaplicable el art. 392 del Código Penal, y consecuentemente determinará la impunidad de los mismos.⁶⁵

La exclusión tanto de la financiación en período electoral, como de la financiación pública que constituye una de las principales fuentes de financiación de los partidos políticos en nuestro país,⁶⁶ aunque pudieran ser sancionadas por otras vías diferentes, como las infracciones previstas en la LOREG (en el caso de financiación electoral) o mediante delitos contra la Administración Pública,⁶⁷ ello no obsta a que pudieran afectar tanto o más al concreto bien jurídico que se pretende proteger, que las relativas a la financiación privada. A pesar de todo lo expuesto, la situación real es que *ex lege*, los arts. 304 *bis*

⁶⁰ El Tribunal Constitucional ha condicionado la admisibilidad de la remisión normativa en materia penal a la constatación de la presencia de una serie de requisitos: a) que la norma penal contenga el núcleo esencial de la conducta típica, estableciendo los elementos esenciales de la conducta prohibida, b) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal, y c) que la ley penal establezca claramente la pena o sanción y se satisfaga la exigencia de certeza, concurriendo la concreción necesaria para que la conducta delictiva quede suficientemente precisada en la norma penal, cfrs. SSTC 127/1990, de 5 de julio, 62/1994, de 24 de marzo, 24/1996, de 13 de febrero y 120/1998, de 15 de junio entre otras.

⁶¹ Cfrs. Puente Aba, "Financiación ilegal de partidos políticos", *op. cit.*, p. 910; Sainz-Cantero Caparros, "Los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos", *op. cit.*, p. 609.

⁶² A este respecto, señala Puente Aba que se ha desaprovechado la oportunidad de regular conjuntamente la financiación ilegal de los partidos políticos, con independencia de si es relativa al período electoral o al funcionamiento habitual del partido, sobre todo dado que tampoco quedarían cubiertos por la LOREG muchos de estos comportamientos realizados durante el período electoral, cfrs. "Financiación ilegal de partidos políticos", *op. cit.*, p. 911. Efectivamente, en la LOREG no existe propiamente ninguna infracción penal que castigue estos comportamientos, sino simplemente el falseamiento de la contabilidad electoral para cubrir aportaciones irregulares, en su art. 149.

⁶³ Cfrs. Puente Aba, "Financiación ilegal de partidos políticos", *op. cit.*, p. 911.

⁶⁴ Cfrs. Nieto Martín, "Financiación ilegal de partidos políticos", *op. cit.*, pp. 133 y ss.

⁶⁵ Es por ello que Puente Aba considera que "hubiera resultado deseable que en el delito de financiación ilegal de partidos políticos se incluyera también la conducta relativa a al introducción de datos falsos en los libros de contabilidad", cfrs. "Financiación ilegal de partidos políticos", *op. cit.*

⁶⁶ Según afirma Bustos Rubios, el modelo español recoge cuatro vías de financiación pública para un partido político: a) *Subvenciones directas*, que se reflejan anualmente en los Presupuestos Generales del Estado y que varían en función de la representatividad obtenida por cada partido en las elecciones; b) *Gastos electorales*, subvención que se otorga en período electoral y en función de la representatividad electoral de cada partido; c) *Gastos de representación y funcionamiento*, que son aquellos concedidos por las diferentes Administraciones Públicas para que los partidos políticos puedan desarrollar correctamente las funciones que les correspondan, y d) *Subvenciones indirectas* a través de fundaciones y otros organismos ligados a los partidos políticos, cfrs. "El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos", *op. cit.*, p. 71.

⁶⁷ Cfrs. Nieto Martín, "Financiación ilegal de partidos políticos", *op. cit.*, pp. 122 y ss.

La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos

y *ter* se refieren en exclusiva a los supuestos de *financiación privada del funcionamiento habitual* de un partido político, y, por ello, será este tipo de financiación la que deba expresamente analizarse.

En este sentido, es preciso tomar en consideración lo regulado en el art. 4 de la LOFPP, donde se diferencia entre diversas modalidades de financiación de un partido político. Así el mencionado precepto distingue entre: aportaciones, donaciones, operaciones asimiladas y acuerdos sobre condiciones de deuda.

Según el apartado uno del art. 4 LOFPP, *aportaciones* serán aquellas realizadas por sus afiliados; es decir, las entregas de bienes o cuotas de quienes forman parte del partido político en cuestión como militantes afiliados al mismo. Las cuantías y condiciones de las mismas deberán estar reguladas, respetando los términos de la ley, por los estatutos correspondiente de cada organización política.

El apartado dos del mismo precepto, relativo a las *donaciones privadas*, establece que las organizaciones políticas podrán recibir donaciones no finalistas y nominativas procedentes de personas físicas, dentro de los límites y de acuerdo con las condiciones y requisitos establecidos por la ley,⁶⁸ tanto en *dinero* como en *especie* (art. 4.2. a). Las donaciones en dinero deberán ingresarse en cuentas abiertas en entidades de crédito, exclusivamente para dicho fin (art. 4.2. b); mientras que las donaciones en especie, que se han de valorar conforme a lo dispuesto en la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo, deberán ser aceptadas mediante una certificación expedida por el partido político.

En este sentido, es preciso señalar que no tendrán la consideración de donaciones las entregas de efectivo, bienes muebles o inmuebles, realizadas por partidos po-

líticos pertenecientes a una misma unión, federación, confederación o coalición permanente, ya sean entre sí o a aquellas (art. 4.2. i). Al estar excluidas del concepto de donaciones, quedarán fuera del ámbito típico del art. 304 *bis*; lo mismo ocurrirá con las donaciones de bienes inmuebles así como las donaciones a las fundaciones vinculadas a partidos políticos que pueden ser ilimitadas en ambos casos, y, por tanto, nunca excederían el límite marcado administrativamente, necesario para configurar la infracción penal.⁶⁹

No termina, sin embargo, la descripción de los recursos privados de financiación de los partidos políticos con los dos supuestos mencionados, sino que se hace referencia a dos casos más: las operaciones asimiladas (art. 4.3) y las condonaciones de deudas (art. 4.4). Así, en relación con las *operaciones asimiladas*, los partidos políticos no podrán aceptar que terceras personas, de manera directa o indirecta, asuman de forma efectiva el coste de sus gastos (esto es, adquisiciones de bienes, obra o servicios o cualesquiera otros que genere su actividad). Por su parte, también se encuentran prohibidas las *condonaciones de deudas*, totales como parciales.⁷⁰ De este modo, e igual que se afirmó en relación con los casos de donaciones de bienes inmuebles y las realizadas por partidos políticos pertenecientes a una misma coalición, en aplicación del principio de legalidad, taxatividad y seguridad jurídica, al no encontrarse expresamente mencionados estos dos últimos supuestos como objeto material del delito a efectos del art. 304 *bis* del Código Penal, nos vemos avocados a abogar por su exclusión del ámbito de la tipicidad penal. Es decir, la contribución respecto de un partido político que consista en que un tercero pague los gastos de la organización, o bien que se condone una deuda no podrán constituir delito de financiación ilegal, sino una mera infracción administrativa.⁷¹

⁶⁸ Los límites a las donaciones privadas se encuentran contenidos en el art. 5 de la LOFPP, que en el caso de donaciones en dinero es de 50.000 euros, y en el caso de donaciones en especie refiere que sean bienes inmuebles que pueden superar ese límite, siempre que haya sido aceptado mediante certificación expedida por el partido político en la que conste la identificación del donante y del documento público o auténtico que acredite la entrega del bien donado (art. 4.2. e)

⁶⁹ Cfrs. Maroto Calatayud, *La financiación ilegal de partidos políticos*, op. cit., p. 314 y 315.

⁷⁰ Así, establece el art. 4.4 de la LOFPP, párrafo final que se entiende por condonación "la cancelación total o parcial del principal del crédito o de los intereses vencidos o la renegociación del tipo de interés por debajo de los aplicados en condiciones de mercado".

⁷¹ Cfrs. Corcoy Bidasolo/Gallego Soler, "De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos", en Corcoy Bidasolo/Mir Puig (direct.), *Comentarios al Código Penal, reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia, 2015, p. 1039. Así, consideran acertadamente que también quedan excluidos del ámbito típico las donaciones procedentes de empresas públicas y las donaciones que se hagan a las fundaciones o asociaciones vinculadas a los partidos. Todas estas conductas descritas, constituyen infracciones administrativas, a excepción de las últimas, a pesar de revestir el mismo o mayor desvalor que las expresamente incluidas, y de ser los mecanismos más utilizados por los partidos para financiarse. En el mismo sentido, Maroto Calatayud, *La financiación ilegal de partidos políticos*, op. cit., pág. 314; Sainz-Cantero Caparros, "Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos", op. cit., pp. 669-670; Bustos Rubio, "El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos", op. cit., p. 72.

En definitiva, el objeto material del delito que estamos analizando lo constituyen las *donaciones y aportaciones*, que se hayan realizado infringiendo los límites y condiciones establecidos en el art. 5 de la LOFPP, esto es, aquellos supuestos que consistan en:

- Donaciones anónimas, finalistas o revocables, tanto en dinero como en especie, sin ningún tipo de limitación.
- Donaciones procedentes de una misma persona superiores a 50.000 euros anuales, tanto en dinero como en especie, a excepción de los bienes inmuebles (art. 5.1, inciso final) siempre que se cumplan los requisitos del art. 4.2 e).
- Donaciones procedentes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica.

De este modo, para el legislador del 2015, el fundamento de la sanción de determinados comportamientos radicaría en que se trata de aportaciones o donaciones que bien por su naturaleza (finalísticas o revocables), su cuantía (superiores a cincuenta mil euros), o sujetos (anónimas, realizadas por personas jurídicas, etc.) pueden determinar una específica capacidad lesiva respecto del bien jurídico. Obviamente pudiera aceptarse que muchos de estos supuestos tienen ofensividad respecto del objeto de tutela, sobre todo desde el prisma de la potencial influencia ajena al partido en sí, que de ello pudiera derivarse y verse reflejados en el devenir de las instituciones públicas; pero desde luego no son los únicos supuestos y, ni siquiera los más relevantes. Situados ante una realidad innegable, la de la tipificación expresa de la financiación ilegal de partidos políticos, resulta evidente que la regulación realizada es altamente insuficiente e insatisfactoria.

C. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el art. 31 *bis*; sin embargo, en esta regulación de 2010, los partidos políticos y los sindicatos estaban excluidos del ámbito de aplicación de este precepto. Posteriormente, la LO 7/2012, de 27 de diciembre, modifica el art. 31 *bis* dejando sin efecto tal exclusión, situación que se mantiene tras la reforma realizada por la LO 1/2015, de 30 de marzo. En consecuencia, los par-

tidos políticos podrán tener responsabilidad penal por los hechos que cometan las personas físicas que actúen en su nombre o por su cuenta, siempre y cuando venga expresamente prevista su responsabilidad penal.

Y ésta es la línea seguida en la LO 1/2015, de 30 de marzo, donde se incorpora expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto del delito de financiación ilegal de partidos políticos, en el apartado 5 del art. 304 *bis*.⁷² Sobre esta base, tal como señala Muñoz Cuesta,⁷³ “la persona jurídica tendrá responsabilidad tanto si el delito lo cometen las personas físicas integradas en un partido político, federación, coalición o agrupación de electores, como si lo perpetran las personas físicas que están al frente de una persona jurídica”.

De este modo, y siempre que concurren los requisitos establecidos por los arts. 31 *bis* a *quinquies*, incluyendo la implantación del conocido *modelo de gestión y organización (compliance program)*, la responsabilidad de la persona jurídica respecto del delito previsto en el art. 304 *bis* podrá venir sustentada en un doble modelo de imputación de la responsabilidad:⁷⁴

- Responsabilidad por los hechos cometidos por sus representantes legales y por quienes actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica tienen capacidad de decisión o facultades de organización y control, siempre que actúen en nombre y por cuenta de la persona jurídica, y en su beneficio directo o indirecto (*responsabilidad por representación*).
- Responsabilidad por los hechos perpetrados por personas físicas sometidas a la autoridad de los representantes legales o personas con facultades de decisión, organización y control, en referencia a empleados y subordinados, respecto de los que se ha incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control, siempre que lo hayan hecho en el ejercicio de las actividades sociales, y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica.

Ahora bien, es preciso señalar la posibilidad de exención de responsabilidad de la persona jurídica, siempre que se haya adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido, esto es, de financiación ilegal de partidos políticos. Programa de cumplimiento o modelo de organización que viene expre-

⁷² Así, establece el art. 304 *bis* 5 que “las mismas penas se impondrán cuando, de acuerdo con lo establecido en el art. 31 *bis* de este Código, una persona jurídica sea responsable de los hechos. Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 *bis*, los jueces y tribunales podrán, asimismo, imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33”.

⁷³ Cfrs. Muñoz Cuesta, “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 5.

⁷⁴ Cfrs. Gomez Rivero, *Nociones fundamentales de Derecho Penal, parte general*, *op. cit.*, pp. 373 y 374.

La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos

samente exigido por el art. 9 *bis* de la Ley de Partidos, que exige el establecimiento de mecanismos de prevención y detección de la financiación ilegal, determinando la responsabilidad penal del partido político, en caso de no tenerlo.⁷⁵

2.1.2. Financiación ilegal pasiva (art. 304 *bis* 1, 2 y 3)

Tal como hemos señalado, el delito de financiación ilegal de partidos políticos, presenta una estructura similar a la del delito de cohecho, de manera que a las conductas de aquellos que *reciben* se une necesariamente la de aquellos que *entregan*. Es decir, se trata de las dos caras de una misma moneda, la recepción de donaciones o aportaciones por aquellos que tienen algún tipo de facultad o capacidad de representación o gestión del partido político (*financiación ilegal pasiva*), y la entrega de esas donaciones o aportaciones por quien es ajeno a la organización política (*financiación ilegal activa*).

Así, el art. 304 *bis* 1 a 3, recoge la modalidad típica de *financiación ilegal pasiva*, mediante un tipo básico (apartado primero), un tipo agravado (apartado segundo) y un tipo cualificado (apartado tercero); mientras que el apartado 4 del art. 304 *bis*, regula la *financiación ilegal activa*.

A.- TIPO BÁSICO DEL DELITO DE FINANCIACIÓN ILEGAL PASIVA (art. 304 *bis* 1 CP)

En relación con la *conducta típica* de esta modalidad concreta, tal como ya hemos puesto de relieve al configurarse como una norma penal en blanco, la posibilidad de sancionar penalmente los comportamientos allí descritos, se sustenta sobre la base de la existencia de una infracción de lo dispuesto en la normativa administrativa, concretamente la LOFPP en su

art. 5.1. Es decir, tal como se establece en este primer apartado, la conducta prohibida viene establecida por el verbo *recibir*, esto es, comete delito de financiación ilegal pasiva quien recibiera aportaciones o donaciones siempre y cuando, con ello, *se hubiera infringido lo dispuesto en el art. 5.1 LOFPP*. Se convierte, por tanto, la infracción de la norma administrativa en el eje esencial y central de la infracción penal.

Podemos entender que *recibir* debe interpretarse como llegar a tener la disponibilidad material del dinero entregado o de otros bienes muebles o inmuebles que constituyan la donación. Se hace preciso, por tanto, que los bienes se encuentren dentro del ámbito de disposición material del partido político en cuestión, a fin de poder considerar el hecho consumado. La utilización de un único verbo rector en esta figura delictiva (recibir) implica la exclusión automática de otras posibles conductas que no determinan la puesta a disposición concreta y efectiva de los bienes donados o aportados, concretamente, los comportamientos consistentes en *solicitar o aceptar*, quedan al margen del tipo penal, y pudiendo castigarse, todo lo más, como formas imperfectas de ejecución si fuera el caso,⁷⁶ o bien quedar limitadas al ámbito administrativo.⁷⁷

Esta conducta típica, esto es, recibir donaciones debe hacerse con *infracción de lo dispuesto en el art. 5.1 LOFPP*. Tal como hemos señalado, configura este tipo penal como una norma penal en blanco, cuyo injusto típico se encuentra, no en el hecho de recibir donaciones de personas ajenas al partido político en cuestión, sino de que las donaciones recibidas impliquen una infracción de lo previsto en el artículo en cuestión. Así, constituiría un supuesto de *financiación ilegal* previsto en el art. 304 *bis* 1 CP, recibir, directa o indirectamente, donaciones:

⁷⁵ Cfrs. Nieto Martín, *Nociones fundamentales de Derecho Penal, Parte especial, op. cit.*, p. 477; en el mismo sentido, Maroto Catayud, *La financiación ilegal de partidos políticos, op. cit.*, p. 318, donde afirma que, de este modo, los partidos políticos se convierten en las primeras organizaciones en estar obligadas por ley a tener un plan de cumplimiento normativo. Y ello, en su opinión, no resulta del todo alentador porque pudiera "invitar a sospechar que quienes critican que los planes de cumplimiento puede convertirse en una suerte de seguros contra la responsabilidad penal, puedan llevar razón".

⁷⁶ De hecho, la redacción del art. 304 *bis* 1, en virtud del principio de legalidad, obliga a excluir la aceptación como comportamiento típico, y ello a pesar de que el art. 5.1. LOFPP, prevé expresamente como prohibida la aceptación de donaciones, que se sanciona como infracción muy grave en el art. 17.2 a) del mismo texto legal. Suponga o no una contradicción, la diferente regulación administrativa y penal, lo cierto es que el principio de legalidad nos impide la posibilidad de considerar que conductas como aceptar o solicitar pudieran ser comportamientos típicos a efectos del art. 304 *bis* 1 del Código Penal, pudiendo castigarse, todo lo más, como tentativa aquellos casos en los que solicitada o aceptada la donación o aportación, ésta aún no se hubiera recibido efectivamente. En el mismo sentido, cfrs. Muñoz Cuesta, "Delitos de financiación ilegal de partidos políticos", *op. cit.*, pp. 2 y 3; Corcoy Bidasolo/Gallego Soler, "De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos", *op. cit.*, p. 1039.

⁷⁷ Así, el art. 17.2 a) LOFPP sanciona como infracción muy grave la aceptación de donaciones o aportaciones que contravengan las limitaciones o requisitos establecidos en los arts. 4, 5, 7 y 8.

- a) *Anónimas, finalistas o revocables*, sea cual sea la cuantía de la misma. Esto es, aquellas que hayan sido realizadas por personas no identificadas adecuadamente, aquellas que vayan encaminadas a una concreta finalidad, y aquellas que sean revocables, generalmente por estar sometidas a condición.
- b) *Superiores a 50.000 euros anuales procedentes de una misma persona*. En este caso, se está haciendo referencia a las donaciones recibidas en dinero o en especie, quedando excluidos los bienes inmuebles, siempre que se cumplan los requisitos del art. 4.2 e) LOFPP, esto es, siempre que se haga constar la identificación del donante (están prohibidas las donaciones anónimas), que se acredite documentalmente la entrega del bien donado, y el carácter irrevocable de la donación.
- c) *Procedentes de personas jurídicas o entes sin personalidad jurídica*, sea cual sea la cuantía. La prohibición de que las personas jurídicas o cualquier otro tipo de colectivo pueda realizar donaciones a los partidos políticos, no es más que un reflejo de la desconfianza del legislador, surgida por los sucesos de financiación y corrupción acaecidos en los últimos años en nuestro país, de que las donaciones realizadas a través de este tipo de estructuras permitan ocultar la identidad de las personas físicas que la componen, y las intenciones que las donaciones puedan contener.⁷⁸

En relación con el **sujeto activo**, será aquel que reciba las donaciones o aportaciones. De la propia descripción típica parece deducirse que se está refiriendo a aquellos sujetos que tengan capacidad legal o representación del partido político en cuestión, en concreto el responsable de la gestión económico financiera, regulado en el art. 14 *bis* LOFPP, en tanto en cuanto tiene a su cargo la gestión económica del partido. Ahora bien, el hecho de que la Ley Orgánica de Financiación de Partidos Políticos, prevea una fi-

gura específica encargada de la gestión económica del mismo, ello no impide que cualquier otro sujeto perteneciente a la organización, como pudieran ser el presidente, el secretario general, cualquier otra persona perteneciente a la cúpula directiva, o incluso un simple afiliado, puedan recibir las donaciones destinadas a financiar el partido político en cuestión.

De hecho, acertadamente señala Muñoz Cuesta,⁷⁹ no será exclusivamente autor “*quien reciba materialmente la donación o aportación, sino todo el que, con capacidad de decisión sobre el funcionamiento del partido consienta en incorporarlos a la masa de bienes de éste*”. Así, se contemplan aquellos supuestos en los que, por ejemplo, la donación es recibida por el presidente del partido, o el secretario general del mismo, o incluso por cualquier afiliado, y ésta es entregada al responsable económico financiero de la organización, que lo incorpora materialmente al patrimonio de la misma; ambos sujetos intervinientes serían autores del delito de financiación ilegal. Es decir, comete el hecho delictivo tanto el que recibe directamente los bienes entregados por una tercera persona, como quien sin recibirlos directamente del donante, los incorpora a la masa patrimonial del partido político.

Sin embargo, aunque en mi opinión la descripción típica parezca estar refiriéndose a sujetos que tengan capacidad legal o representación en el partido político, un sector de la doctrina entiende que pudiera darse cabida a las conductas, no sólo de los miembros del partido político, sino de sujetos o entidades intermedias que reciban la donación ilegal para derivarla, posteriormente, al partido político.⁸⁰ Ahora bien, continúan señalando que, las cantidades o aportaciones entregadas a este intermediario tienen que estar *ab initio* destinadas al partido político, dado que si los sujetos intermediarios la reciben para sí mismos, la conducta devendría impune.⁸¹

No comparto esta postura por dos razones fundamentales: la primera sobre la base de considerar que el delito contenido en el art. 304 *bis* 1 conlleva, en virtud de su verbo rector, la necesidad de que los

⁷⁸ Cfrs. Muñoz Cuesta, “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 3.

⁷⁹ Cfrs. Muñoz Cuesta, “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 2.

⁸⁰ Cfrs. Puente Aba, “Financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 914; Bustos Rubio, “El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, pp. 72 y 73.

⁸¹ Si estas mismas cantidades fueran donadas con posterioridad a un Partido Político constituirían, si se dan los requisitos típicos, un delito de *financiación ilegal activa*, entendiéndose que el sujeto o entidad sería donante directo del partido. Cfrs. Bustos Rubio, “El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 73.

La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos

bienes se encuentren dentro del ámbito de disposición material del partido político, conducta que sólo puede ser realizada por el *intrañeus* al mismo; y la segunda, porque podría dejar sin contenido el apartado 4 del mismo precepto, donde se sanciona a quien entregue esas donaciones (esto es, como indicaré más tarde, al *extraneus*, que puede entregarlo directamente o por persona interpuesta). De este modo, considero que estos sujetos o entidades intermediarias, serían esas *personas interpuestas* que entregan las donaciones o aportaciones de las que habla el apartado 4 del art. 304 *bis* del Código Penal.

Por último, hay que poner de relieve que serían típicas las donaciones o aportaciones que, con infracción de lo dispuesto en el art. 5.1 LOFPP, estén destinadas a un *partido político, federación, coalición o agrupación de electores*; la exhaustiva enumeración que realiza el precepto y el respeto al principio de legalidad nos obliga a entender excluidas (de modo similar a como ocurre en la LOFPP) del ámbito penal, las *fundaciones o asociaciones* vinculadas a partidos políticos.

Nuevamente debe ser objeto de crítica esta regulación legal. Es un hecho notoriamente conocido que un gran número de partidos políticos poseen una amplia red de entidades (fundaciones, asociaciones u otra serie de organizaciones) que se nutren de subvenciones y ayudas públicas y privadas no sometidas a ningún tipo de límite, encaminadas a financiar determinados tipo de actividades; y también es notoriamente conocido que se emplean a veces de manera directa, y la mayor parte de manera indirecta para financiar parte de los gastos ordinarios del partido político. Así, por ejemplo, los sueldos y salarios de los trabajadores que comparte con el partido, o los gastos de la sede que tengan en común. Sin embargo, este tipo de comportamientos quedan al margen, no sólo del Código Penal, sino también de la LOFPP.

Respecto del *tipo subjetivo* se trata de conductas dolosas, aunque es posible la concurrencia del dolo eventual, al no existir exigencia expresa de que los comportamientos típicos se hagan a sabiendas de la infracción de la Ley Orgánica de Financiación de Partidos Políticos.

B. TIPO AGRAVADO DEL DELITO DE FINANCIACIÓN ILEGAL PASIVA (art. 304 *bis* 2 CP)

En el apartado segundo del art. 304 *bis* se prevén dos tipos agravados en relación con el delito de financiación ilegal pasiva; en ambos supuestos la agravación de los comportamientos encuentra su fundamento en la cuantía donada. De hecho, como veremos, el segundo de los supuestos sólo será típico como modalidad agravada, mientras que por debajo de la cuantía señalada no constituirá hecho delictivo.

1.- Donaciones superiores a 500.000 euros (apartado 2 a): a este respecto se hace una diferencia según el concreto apartado del art. 5.1. LOFPP que se vea infringido. De este modo, si se trata de donaciones anónimas, finalistas, revocables o realizadas por personas jurídicas o entes sin personalidad jurídica, entrará en funcionamiento el tipo agravado, siempre que las donaciones sean superiores a 500.000 euros. Sin embargo, en el caso de la letra b) del art. 5.1, donde se establece un límite de 50.000 euros para considerar legal la financiación, será preciso que la donación supere en 500.000 euros este importe, es decir, deberá ser superior a 550.000 euros.

Resulta llamativa esta diferenciación, por cuanto la agravación de este concreto apartado está fundamentada en la cuantía recibida por el partido político que se cifra en más de 500,000 euros, cuantía ya de por sí excesivamente alta,⁸² pero no puede mantenerse otra interpretación diversa por cuanto el apartado 2 letra a) del art. 304 *bis*, determina expresamente “o que superen en esta cifra el límite fijado en la letra b) de aquel precepto (se refiere al art. 5.1 LOFPP), cuando sea éste el infringido”. De este modo, en relación con las letras a y c del art. 304 *bis* 2, la cuantía que determina la concurrencia del tipo agravado será de 500.000 euros, mientras que en relación con la letra b) del mismo precepto, el límite será de 550.000 euros. Cualquier donación realizada con infracción de lo previsto en la LOFPP por debajo de los límites señalados constituirá el tipo básico previsto en el apartado primero que conlleva aparejada una pena de multa del triplo al quintuplo del valor de la donación o aportación recibida.

⁸² Así, por ejemplo, en Estados Unidos, la cantidad establecida para configurar la conducta como delito grave es de 25,000 dólares, cfrs. Maroto Calatayud, *La financiación ilegal de partidos políticos*, op. cit., p. 315. Incluso en relación con delitos similares de nuestro ordenamiento jurídico, como pudiera ser el cohecho, no existen estos límites cuantitativos tan elevados para determinar una agravación de la pena.

Son numerosos los problemas que plantea la indefinición de este tipo agravado, así por ejemplo el relativo a si para configurarlo es preciso atender a una única donación, o si pueden acumularse, a efectos de configurar una conducta típica, las entregas realizadas a lo largo de un período de tiempo, y si es así, cuál sería ese período. Obviamente, en una interpretación coherente con la LOFPP, el período a tomar en consideración debería ser inferior a un año, por cuanto ese es el límite establecido en la mencionada ley. Consecuentemente, el límite se establece tanto para una única donación que lo supere, como para varias donaciones por cantidades inferiores realizadas en el plazo de un año, y cuya suma global supere los límites establecidos.

2.- Financiación extranjera que supere el importe de 100.000 euros (apartado 2 b): así, indica el legislador de 2015, que configuran un tipo agravado de financiación ilegal de partidos políticos, utilizando la técnica de la remisión normativa, cuando se *trate de donaciones recogidas en el art. 7.2 de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de partidos políticos, que supere el importe de 100.000 euros.*

Sobre esta base, en relación con la financiación extranjera, podemos diferenciar varios supuestos:

- El relativo a *personas físicas extranjeras* (art. 7.1 LOFPP), que permite la donación por parte de las mismas, con los límites, requisitos y condiciones establecidas para las financiaciones privadas. Surge aquí un primer interrogante, si la financiación extranjera realizada por personas físicas, incumple las exigencias de la LOFPP, ¿sería constitutivo de delito de financiación ilegal? En aplicación del principio de legalidad, el tipo básico de financiación ilegal contenido en el art. 304 bis 1 CP, remite a los supuestos contenidos en el art. 5.1 LOFPP, sin hacer referencia alguna a lo establecido en el art. 7.1 del mismo texto legal. De ser así, deberíamos afirmar que las donaciones realizadas por personas físicas extranjeras que incumplan los requisitos de la Ley de Financiación de Partidos Políticos, resultarían atípicas en todo caso y fuera cual fuera su cuantía.⁸³

Recordemos que la remisión estática que se realiza en el art. 304 bis 2 es al art. 7.2 de la LOFPP, con lo que quedaría vedado, *ab initio*, incluir este supuesto en el tipo agravado de este delito en pro del principio de legalidad.

Hay que reconocer que este planteamiento, derivado de una defectuosa regulación por parte del legislador resulta inaceptable por cuanto daría lugar a injustificables lagunas de punibilidad, derivadas de la técnica de la remisión normativa. La única forma de evitar este contrasentido, sería mediante una interpretación amplia del art. 7.1 LOFPP, en el sentido de considerar que está otorgando a los supuestos de donaciones procedentes de personas físicas extranjeras, naturaleza de donaciones privadas, y por tanto plenamente incluíbles en lo establecido en el art. 5.1, incluso a efectos de tipicidad penal. Obviamente sería una posibilidad, pero una posibilidad que representa una *interpretación extensiva* muy cuestionable que supondrá una nueva vulneración del principio de legalidad. Quizás lo inaceptable de la posible atipicidad de estos comportamientos, permita recurrir a una interpretación amplia de la norma que solucione la laguna que ha creado el legislador, pero, en mi opinión, una mala técnica legislativa no puede ni debe solucionarse mediante la infracción del principio de legalidad.

- Igualmente conflictivo resulta el supuesto contenido en el art. 7.2 LOFPP, donde se establece “la prohibición de donaciones de gobiernos, organismos, entidades o empresas públicas extranjeras o de empresas relacionadas directa indirectamente con los mismos”. Se trata, en definitiva de una prohibición absoluta de financiación por parte de Gobiernos extranjeros en cualquier cuantía.

De hecho, la legislación española en materia de financiación de partidos políticos, ha prohibido ya desde 1987 la recepción de fondos provenientes de gobiernos u organismos públicos extranjeros; el sentido de esta prohibición es evidente dado que está encamina a preservar la independencia de los partidos políticos españoles de las injerencia que gobiernos extranjeros pudieran tener en los mismos, y que podrían llegar a condicionar la acción del gobierno o legislativa dentro del Estado español.⁸⁴

⁸³ En relación con este punto, Maroto Calatayud, *La financiación ilegal de partidos políticos*, op. cit., p. 316, afirma que la figura agravada recogida en el art. 304 bis 2 b) incluye los supuestos en los que “la donación que no respete los requisitos del art. 5 sea de origen extranjero (art. 7, apartado 1 LOFPP)...”. No podemos compartir la afirmación realizada por este autor por las razones expuestas, el art. 304 bis 2 b) remite *exclusivamente* al art. 7.2 LOFPP, sin hacer ningún tipo de referencia al art. 7.1, y ello determina que no pueda considerarse incluido en este apartado concreto porque ello significaría vulnerar el principio de legalidad penal mediante una interpretación extensiva *contra legem*. Distinto es el planteamiento, si por aplicación de lo establecido en el art. 7.1 las donaciones allí referidas puedan considerarse como supuestos de donaciones privadas y consecuentemente les sea de aplicación la regulación penal a ellas referida.

⁸⁴ Cfrs. Muñoz cuesta, “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, op. cit., p. 3.

La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos

Sin embargo, a pesar de la coherencia que esta prohibición conlleva, la regulación penal de estos comportamientos ha sido, una vez más, claramente desafortunada.

Por exigencia legal, la conducta descrita sólo será *típica* cuando la donación realizada sea superior a 100.000 euros, es decir, las inferiores a esa cantidad quedarían al margen del tipo agravado de financiación ilegal contenido en el art. 304 *bis* 2 b). La cuestión es si podrían o no incluirse como tipo básico de financiación ilegal del art. 304 *bis* 1 CP, y la conclusión en este caso no puede ser sino afirmar la imposibilidad de esta interpretación, dado que no existe ninguna base normativa que permita tal inclusión.

En consecuencia, tras la LO 1/2015, las donaciones recibidas por gobiernos u organismos extranjeros que sean superiores a 100.000 euros constituirán supuestos del tipo agravado del delito de financiación ilegal; por el contrario, las inferiores a esa cuantía, carecen de relevancia penal quedando únicamente sometidas a la LOFPP⁸⁵. Tal como afirma Muñoz,⁸⁶ no resulta sencillo justificar el hecho de que una conducta prohibida por la Ley de Financiación de Partidos Políticos no es delictiva siempre que se encuentre por debajo de una determinada cantidad, y en cambio, si la supera, pase a configurar un tipo agravado. Así, afirma que hubiera sido más lógico castigar como tipo básico la conducta que consiste en recibir la donación de un gobierno u organismo extranjero, y agravarla cuando supere una determinada cantidad.

C. TIPO CUALIFICADO DEL DELITO DE FINANCIACIÓN ILEGAL PASIVA (art. 304 *bis* 3 CP)

El delito de financiación ilegal de partidos políticos prevé un tipo cualificado en aquellos supuestos de mo-

dalidades agravadas (esto es, donaciones superiores a 500.000 euros o procedentes de gobierno u organismos extranjeros superiores a 100.000 euros) que sean de *especial gravedad*, en los que se impondrá la pena en su mitad superior, pudiendo llegarse a la pena superior en grado.

Nuevamente, nada establece el legislador respecto de qué deba entenderse por especial gravedad, con lo cual nos encontramos ante un criterio valorativo cuya determinación corresponde a los tribunales, aunque han de entender qué se refiere a la especial significación o relevancia económica de la conducta delictiva.⁸⁷ Lo llamativo en relación con este tipo cualificado es que se remite a unos supuestos en los que su agravación radica ya en la cuantía económica, por cuanto, para que sea especialmente grave la cantidad donada debe ser superior a la establecida en los correspondientes tipos agravados del art. 304 *bis* 2 Cp; ahora bien, si la agravación en este último precepto radica en que la donación sea superior a esas cuantías, la pregunta es evidente, ¿desde qué concreta cantidad se podría aplicar el tipo cualificado del apartado 3 del art. 304 *bis*? En este sentido, Corcoy Bidasolo Y Gallego Soler⁸⁸ afirman que “es censurable que se utilice un concepto indeterminado sin aportar ningún criterio que pueda servir para guiar la exégesis del precepto y su aplicación judicial. ¿Cuántas veces tiene que superarse el criterio cuantitativo de la agravación del apartado segundo para que sea de especial gravedad? ¿es igualmente grave una conducta referida a varios partidos que tienen unos presupuestos distintos?”.⁸⁹ Obviamente todas estas preguntas quedan sin respuesta,

⁸⁵ Es decir, se aplicaría lo establecido en los arts. 17 y 17 *bis* LOFPP, con la consideración de infracción muy grave (art. 17.2 a) aplicándose una sanción del doble al quíntuplo de la cantidad (art. 17 *bis* 1 a).

⁸⁶ Cfrs. Muñoz Cuesta, “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, pp. 3 y 4.

⁸⁷ Cfrs. Puente Aba, “Financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 910; Nieto Martín, *Nociones fundamentales de Derecho Penal, parte Especial*, *op. cit.*, p. 477, afirma, sin embargo, que esta especial gravedad debe venir determinada esencialmente por el especial valor de la donación o por la situación que ocupa en la dirección del partido la persona que ha recibido la misma, ya que “de acuerdo con el bien jurídico elegido (imparcialidad y objetividad), a mayor situación jerárquica en el partido, mayor posibilidad de influir espuriamente en relación a intereses privados; Sainz-Cantero Caparros, “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 675 considera que no debe atenderse exclusivamente a la cuantía de la donación o financiación, sino también a las condiciones o circunstancias del sujeto activo, los términos en lo que se realiza la donación, etc.

⁸⁸ Corcoy Bidasolo/Gallego Soler, “De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, *op. cit.*, p. 1041.

⁸⁹ En este punto, Muñoz Cuesta, “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 4 afirma que “la especial gravedad a que se refiere esta norma entendemos puede proceder en primer lugar cuando el valor de lo donado sea 10 veces superior a la cantidad que se dispone en cada caso como agravación simple, o en segundo lugar por la especial finalidad o intención que pueda tener el donante en los respectivos casos sancionados como delictivos, que pueda revelar una contradicción evidente con el fin social que debe guiar al partido político”. No compartimos el criterio mencionado por dos razones: respecto al criterio cuantitativo mantenido, esto es 10 veces superior (cinco millones o un millón de euros respectivamente) porque ello implica ignorar la realidad de una diferente configuración y presupuestos de cada uno de los partidos políticos; y en relación con el criterio finalístico o intencional, porque implicaría integrar como elemento de la tipicidad penal un elemento que el legislador no ha incorporado.

y la ausencia de un criterio claro dificultará sobremanera la valoración judicial de esa concreta *gravedad*, con la consiguiente lesión del principio de taxatividad penal que ello puede conllevar.⁹⁰

2.1.3. Financiación ilegal activa (art. 304 bis 4)

Tal como hemos puesto de relieve, el delito de financiación ilegal de partidos políticos, de modo similar a como ocurre con el delito de cohecho, tiene dos vertientes, una *pasiva* referida a la recepción de donaciones o aportaciones por aquellos que tienen algún tipo de facultad o capacidad de representación o gestión del partido político, y otra *activa*, relativa a la entrega de esas donaciones o aportaciones por quien es ajeno a la organización política, ésta última contenida en el apartado 4 del art. 304 bis CP.

El mencionado precepto establece que se castigará con las mismas penas *en sus respectivos casos* a quien entregue donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores, por sí o por persona interpuesta, en alguno de los supuestos de los números anteriores. Ello nos lleva a una primera conclusión en relación con esta modalidad del delito de financiación ilegal, y es que, por remisión expresa del art. 304 bis 4 a los apartados anteriores, también se puede diferenciar entre un tipo básico (apartado 4), un tipo agravado (apartado 2) y un tipo cualificado (apartado 3). Por ello, nos remitimos a lo expuesto en los epígrafes anteriores, a fin de delimitar los contornos de su aplicación. Sin embargo, analizaremos los aspectos diferenciales entre una modalidad y otra, esto es, lo relativo a los sujetos y a la conducta típica.

A. SUJETOS ACTIVOS

En esta concreta modalidad, sujeto activo será la persona física o jurídica (apartado 5) que realiza directamente la donación o aportación, o bien que se sirve de otra persona interpuesta, para efectuarla. Probablemente, la mención a *persona interpuesta* se haya realizado pensando en los supuestos en los que a fin

de ocultar el origen real de la donación de utilice a un tercero.

Sin embargo, entendemos que esta referencia es innecesaria, por cuanto de la aplicación del art. 28 del CP, los supuestos casos en los que se utilice una figura similar a un *testaferro*, es decir, en los casos de existencia de un *hombre de atrás*, se podrían fácilmente resolver sobre la base de existencia de una coautoría, siempre que ambos sujetos (el de atrás y el que entrega) tuvieran el efectivo dominio del hecho y respondieran a un plan previo, o bien mediante una *autoría mediata* en aquellos casos en los que el sujeto que entrega, la persona interpuesta, hubiera sido utilizado como instrumento.⁹¹

En definitiva, será sujeto activo del delito cualquier persona (física o jurídica) que realice materialmente la donación, ya sea de manera directa, es decir, por sí mismo, ya de manera indirecta utilizando para ello a una persona interpuesta que responderá en las mismas condiciones, salvo que nos encontremos ante un supuesto de autoría mediata.

Ahora bien, a diferencia de la modalidad pasiva del delito de financiación ilegal, donde afirmábamos que sujeto activo serían aquellos que tuviesen capacidad legal o representación del partido político en cuestión, o cualquier otro sujeto perteneciente a la organización, como pudieran ser el presidente, el secretario general, cualquier otra persona perteneciente a la cúpula directiva, o incluso un simple afiliado, que pudieran recibir las donaciones destinadas a financiar el partido político en cuestión, lo lógico es mantener que en el caso de *financiación ilegal activa* los sujetos deben ser extraños a esa organización política, es decir, que no pertenezcan a la misma, o, al menos, que no actúen en calidad de tales. Sin embargo, de la descripción legal nada puede deducirse al efecto, por cuanto no existe base normativa ni interpretativa alguna que obligue a excluir del círculo de sujetos activos de esta modalidad a quienes perteneciendo o estando vinculados de alguna forma al partido político en cuestión, realicen donaciones o aportaciones que infrinjan lo dispuesto en el art. 5.1 LOFPP.

⁹⁰ Cfrs. Maroto Calatayud, *La financiación ilegal de partidos políticos*, op. cit., p. 316.

⁹¹ Sería posible apreciar esta autoría mediata en aquellos casos en los que la persona interpuesta actúa por coacción o miedo, y también sería posible imaginar supuestos en los que el hombre de atrás le oculta la existencia de otras donaciones previas que sumadas a la realizada por el testaferro superarían los límites establecido en la LOFPP, con lo que nos encontraríamos ante un claro supuesto de error en el caso del autor inmediato. Más difícilmente imaginables serían los casos de inimputabilidad por cuanto carecen de capacidad de obrar y, por tanto, sería imposible la realización de una donación legal.

La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos

En esta concreta modalidad, la mera entrega de la donación no exige la efectiva posibilidad de incorporar la misma al patrimonio del partido político, argumento que utilizábamos para restringir el círculo de sujetos activos en la financiación ilegal pasiva, por lo tanto, en relación con esta modalidad analizada podrán ser sujetos activos tanto los *intraneus* (aquellos vinculados a la organización política) como los *extraneus* (los ajenos a la misma), y dentro de éstos, tanto los que realizan la entrega de manera directa, como aquellos casos en los que se utiliza a un sujeto o entidad intermediaria.

B. CONDUCTA TÍPICA

La conducta tipificada en el apartado 4 del art. 304 *bis* es esencialmente la misma que la prevista en el apartado 1, con excepción de lo relativo al verbo típico. Así mientras que en el apartado primero se sanciona el *recibir*, en el apartado cuarto se castiga el *entregar*. Por ello, en todos los demás aspectos delimitadores de la conducta típica, es decir, la infracción de los requisitos establecidos en el art. 5.1. LOFPP y el tipo subjetivo nos remitimos a lo allí expuesto.

Respecto del verbo rector de esta concreto modalidad, se sanciona expresamente el *entregar*; por entregar hemos de entender hacer llegar las donaciones al partido político en cuestión, ya sea físicamente, ya mediante la verificación y conclusión de las formalidades necesarias en el caso de bienes inmuebles. Así, de modo similar a lo expuesto en relación con la modalidad *pasiva*, es precisa una entrega material de los bienes que constituyan la donación, de manera que abandonen el ámbito de disposición del donante para pasar al del donatario (el partido u organización política).

Consideramos que no puede mantenerse otra interpretación diferente a la de la entrega efectiva de los bienes, de manera que estos se incorporen al ám-

bito de disposición del partido político, por cuanto al haber excluido de la modalidad pasiva los supuestos de solicitar y aceptar, requiriendo la puesta a disposición concreta de los bienes donados, podría conllevar que al donante se le sancionara por la comisión de un delito del apartado 4 del art. 304 *bis*, mientras que al donatario sólo pudiera aplicársele una sanción administrativa, o todo lo más una tentativa de delito de *financiación ilegal pasiva*.⁹²

2.2. El delito de pertenencia a una organización que tenga con la finalidad financiar ilegalmente a los partidos políticos (art. 304 ter del Código Penal)

Es evidente que los últimos casos de corrupción que han visto la luz en nuestro país y que se encuentran directamente relacionados con la financiación ilegal de algunos partidos políticos, como pudiera ser el caso Gürtel o, más concretamente, el caso Bárcenas, han puesto de relieve el hecho de que este tipo de comportamientos se derivan, cada vez con mayor frecuencia, de la existencia de estructuras u organizaciones creadas con la finalidad de realizar este tipo de financiación, esto es, gestionar o captar donaciones o aportaciones que vayan encaminadas a financiar a los partidos políticos.

Quizás por ello el legislador del 2015 incluyó expresamente entre los delitos de financiación ilegal de partidos políticos, una conducta relativa a un supuesto de delito de organización, o de asociación ilícita cuya finalidad fuera la de *financiar ilegalmente* a los partidos políticos, aunque el acierto y la necesidad de esta inclusión expresa es altamente cuestionable.⁹³

Sin embargo, pudiera resultar la presencia en el Código Penal de este tipo de comportamientos cuestión distinta dependiendo de si la regulación que se ha realizado es o no la más correcta, y si, en realidad, era necesaria esta incorporación o, al menos, lo era de la forma en la que se realizó.

⁹² Ya hemos señalado que el principio de legalidad nos impide la posibilidad de considerar que conductas como aceptar o solicitar pudieran ser comportamientos típicos a efectos del art. 304 *bis* 1 del Código Penal, pudiendo castigarse, todo lo más, como tentativa aquellos casos en los que solicitada o aceptada la donación o aportación, ésta aún no se hubiera recibido efectivamente. En el mismo sentido, cfrs. Muñoz Cuesta, "Delitos de financiación ilegal de partidos políticos", *op. cit.*, pp. 2 y 3; Corcoy Bidasolo/Gallego Soler, "De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos", *op. cit.*, p. 1039.

⁹³ En este sentido, afirma Sainz-Cantero Caparros, que "la existencia del precepto, no obstante los aspectos criticables que presenta, parece suficientemente justificada aunque sólo sea porque la conducta criminal reciente en materia de financiación ilegal de partidos políticos y otras agrupaciones similares han puesto de manifiesto la vinculación de los distintos supuestos con tramas o entramados, en definitiva, estructuras, organizaciones, grupos, más o menos organizados y estables, más o menos vinculados a la estructura de los partidos políticos, pero que cumplieran claramente una función de facilitación de los medios y estrategias para la realización de los comportamientos prohibidos, etc.", cfrs. "Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos"; *op. cit.*, p. 681.

Nuestro ordenamiento jurídico prevé tres vías diferentes para sancionar lo que se ha denominado “*criminalidad organizada*”:

- a) Mediante la incorporación de *tipos agravados o cualificados* específicos respecto de cada delito concreto, aplicable a aquellos que realizaren la conducta en virtud de su pertenencia a una organización o grupo criminal.
- b) Mediante la aplicación respecto de ciertas formas de criminalidad organizada del delito de asociaciones ilícitas, previsto en el art. 515 y ss. del Código Penal.
- c) El empleo de los delitos relativos a las organizaciones y grupos criminales, regulados en los arts. 570 *bis* y ss.

Es por ello, que afirma Puente Aba,⁹⁴ ser cierto que esta previsión expresa del art. 304 *ter* es similar a otras ya existentes en materia de blanqueo, tráfico de drogas o trata de seres humanos, sin embargo en todos estos casos, la pertenencia a la organización delictiva aparece configurada como una modalidad agravada del tipo básico,⁹⁵ consecuentemente, la aplicación del primero conlleva la absorción del segundo. Por el contrario, en el caso del art. 304 *ter*, se configura esta pertenencia como un *delito autónomo*, esto es, como un delito de organización en el concreto ámbito de la financiación ilegal de partidos políticos, estableciendo asimismo una pena autónoma, sin referencia alguna a la del delito de financiación ilegal. Ello nos permite, a diferencia de los supuestos mencionados de tipos cualificados, la apreciación de un concurso de delitos entre la figura de financiación ilegal de partidos políticos

(art. 304 *bis*) y la de pertenencia a una organización (art. 304 *ter*), con efectos agravatorios mucho más graves que los otros preceptos mencionados.

En realidad, se ha establecido una configuración similar a la prevista para los casos de organizaciones criminales y terroristas, en el sentido de castigar como delitos separados las concretas actividades terroristas y la pertenencia a una organización o grupo terrorista. Es decir, se configura el art. 304 *ter* como un *delito de organización* que recibe sanción autónoma y diferente de las concretas actividades delictivas realizadas por la organización mencionada. Así, la redacción del presente delito permite sostener que nos encontramos ante una figura distinta que se superpone con las organizaciones criminales (arts. 570 *bis* ss.) y con las asociaciones ilícitas (arts. 515 ss.).⁹⁶ Entendemos que esta previsión específica no sólo era innecesaria, sino que va a acarrear importantes problemas concursales, y ello porque la organización descrita en el art. 304 *ter*, es una organización o grupo criminal descrito en los arts. 570 *bis* o *ter*, o incluso un supuesto de asociación ilícita del art. 515, que prevé las mismas conductas⁹⁷.

En relación con la primera de las opciones, y a fin de evitar la vulneración del principio *ne bis in idem*, se plantearía un concurso de leyes entre el completo concursal formado por los delitos de financiación ilegal (art. 304 *bis*) y pertenencia a una organización con la finalidad de financiar ilegalmente (art. 304 *ter*) y el compuesto por el art. 304 *bis* (financiación ilegal) y alguno de los preceptos dedicados a organizaciones y grupos criminales (art. 570 *bis* o *ter*), según se trate de una organización estable o de carácter transitorio. En este punto, el art. 8 CP y el principio de

⁹⁴ Puente Aba, “Pertenencia a una organización destinada a la financiación ilegal de partidos políticos (art- 304 *ter* CP)”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Gorriz Royo/Matallin Evangelio (Coord.), Gonzalez Cussac (Director), 2ª ed., Valencia 2015, p. 919.

⁹⁵ Así, por ejemplo, el art. 302 establece que “*en los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezcan a una organización dedicada a los fines señalados a los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones*”, y el art. 369 *bis*, “*cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga (...) A los jefes, encargados o administradores de la organización se les impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el párrafo primero*”.

⁹⁶ Cfrs. Corcoy Bidasolo/Gallego Soler, “De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, *op. cit.*, p. 1042; Puente Aba, “Pertenencia a una organización destinada a la financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 920.

⁹⁷ Cfrs. Maroto Calatayud, *La financiación ilegal de partidos políticos*, *op. cit.*, p. 317 Puente Aba, “Pertenencia a una organización destinada a la financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 921; Bustos Rubio, El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, pp. 75 y 76. En contra, sin embargo, se posiciona Sainz-Cantero Caparros, entendiendo que la “nueva figura del art. 304 *ter* parece quedar suficientemente justificada, al menos desde un punto de vista formal: de no haberse incorporado la nueva modalidad delictiva, sólo tendría relevancia la actividad de las organizaciones y estructuras dedicadas a la financiación ilegal cuando la forma de financiación fuera la descrita por el art. 304 *bis*, única que admitiría la aplicación de los delitos relativos a las organizaciones criminales”.

La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos

especialidad⁹⁸ determinaría que sería de aplicación preferente el primero de los complejos concursales, esto es, el formado por los arts. 304 *bis* y *ter* Código Penal, lo que conllevaría una penalidad considerablemente más elevada que en el caso contrario.⁹⁹ Es por ello que, a fin de evitar solapamientos que den lugar a posibles vulneraciones del principio de proporcionalidad en la respuesta penal, así como a fin de establecer una uniformidad en el tratamiento punitivo de este tipo de comportamientos, hubiera sido aconsejable que no se hubiera regulado de manera específica la dirección y pertenencia a una organización cuya finalidad fuera la financiación ilegal de partidos políticos, por cuanto la regulación introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio ya contempla adecuada y contundentemente los denominados “delitos de organización”, mediante un tratamiento sistemáticamente homogéneo de todos ellos.¹⁰⁰

A similares conclusiones llegaríamos en el caso de optar por la discutible consideración de este tipo de organizaciones como supuestos de asociación ilícita para delinquir prevista en el art. 515 CP, que sanciona con una pena de uno a tres años la pertenencia, y de dos a cuatro años a los directores.

A pesar de todas las consideraciones críticas realizadas hasta el momento, lo cierto es que el art. 304 *ter* Cp, prevé específicamente el delito de *pertenencia a una organización o estructura que tenga la finalidad de financiar ilegalmente a un partido político*. Es preciso, por tanto, un análisis específico de los elementos que lo componen, de manera que podemos diferenciar entre un tipo básico (art. 304

ter 1), un tipo agravado (art. 304 *ter* 2) y un tipo cualificado (art. 304 *ter* 3).

2.2.1. Tipo básico: la participación en organizaciones o estructuras cuya finalidad sea la financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 *ter* 1 CP)

Se castiga la **conducta típica** de *participar* en una estructura u organización de cualquier naturaleza que tenga la finalidad de financiar ilegalmente a un partido político. A este respecto es preciso analizar algunas cuestiones:

- Por lo que se refiere al concepto de *estructuras u organizaciones*, la primera de las cuestiones que se plantea es la introducción de un término hasta entonces inédito en nuestro Derecho Penal, el cual es el de *estructuras*. Pareciera, por tanto, que el legislador de 2015 intenta dar “carta de naturaleza” a una nueva especie de agrupación criminal, distinta de las asociaciones ilícitas, y de las organizaciones o grupos criminales.

Sin embargo, tal y como pone de relieve Sainz-Cantero Caparros,¹⁰¹ la amplitud de los conceptos de asociaciones ilícitas, organizaciones y grupos criminales, convierte en “imposible fijar el sentido concreto del concepto «estructura» criminal en el ámbito de la financiación ilegal de partidos políticos”. Se trata, por tanto, en mi opinión de un concepto totalmente asimilado al de organizaciones y grupos criminales.

Por ello, y aunque nada diga al respecto el precepto, es evidente que éstas deben contar con cierta organización y estabilidad, así como con un cierto número de

⁹⁸ Así, aunque el art. 570 *quater* contiene una cláusula concursal que determina la aplicación de la regla 4º del art. 8 CP (principio de alternatividad) para resolver las posibles situaciones concursales entre la regulación de las organizaciones y grupos criminales y otros preceptos del Código que contemplen una agravación por ejecutar el delito en el marco de una estructura y organización, tampoco es pacífica la interpretación de esta cláusula, dado que la referencia del art. 8.4 a que se aplicará *en defecto de los criterios anteriores*, se ha considerado que si pudiera aplicarse alguno de los restantes criterios para resolver la situación concursal, sería éste de aplicación preferente, cfrs. Puente Aba, “Pertenencia a una organización destinada a la financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 *ter* Cp)”, *op. cit.*, pp. 921 y 922. De hecho así se ha defendido en aquellos casos en los que las figuras agravadas de pertenencia a organización criminal en relación con delitos específicos constituyen leyes especiales con respecto a la regulación general de los grupos y organizaciones criminales, cfrs. Faraldo Cabana, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*, Valencia 2012, pp. 365 y ss.

⁹⁹ Así, tal como establece Puente Aba, “Pertenencia a una organización destinada a la financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 *ter* Cp)”, *op. cit.*, p. 921, “la consecuencia de esto es que con la previsión específica del art. 304 *ter* se alcanza una penalidad especialmente agravada, puesto que las sanciones previstas en este precepto resultan más graves que las establecidas en los arts. 570 *bis* y *ter*; así, partiendo de que el delito de financiación ilegal de partidos no es un delito grave (al no tener prevista pena de prisión superior a 5 años), las penas previstas en el art. 304 *ter* (tres a cinco años de prisión por dirección de la organización, y uno a cinco años de prisión por mera pertenencia) son más graves en general que las establecidos en los arts. 570 *bis* y *ter* para los delitos que no son graves (en el caso de grupos criminales, prisión de tres meses a un año tanto por pertenencia como por dirección, y en el caso de organizaciones criminales, prisión de uno a tres años por simple pertenencia), con la única excepción de la organización criminal, cuyo marco penal es más amplio en el art. 570 *bis* que el correspondiente según el art. 304 *ter* (prisión de tres a seis años frente a prisión de tres a cinco años)”.

¹⁰⁰ O bien, se hubiera podido recurrir a la configuración de cometer el delito de financiación ilegal mediante la pertenencia a una organización para estos fines, como tipo agravado de financiación ilegal.

¹⁰¹ Cfrs. Sainz-Cantero Caparros, “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, pp. 686 y ss.

personas integradas en las mismas (al menos tres), y que responda a una estructura jerárquica;¹⁰² no cabe otra interpretación en virtud de lo establecido en el apartado segundo de este precepto que sanciona más gravemente a aquellos que dirijan la organización.¹⁰³

- En relación con la delimitación de lo que deba entenderse por *participar*, ésta debe comprenderse como el hecho de estar integrado en la organización, esto es, ser miembro de la misma. Ahora bien, de inmediato surge la primera de las cuestiones, ¿es precisa la constatación de una mínima actividad de colaboración con la organización, o será suficiente con pertenecer nominalmente a la misma?.¹⁰⁴

Doctrinalmente se han sostenido diversas opiniones al respecto. Así, Bustos Rubio,¹⁰⁵ considera que se deberá entender incluido en este precepto cualquier grado de participación, con independencia de que se trate de una participación estable o puntual. Por su parte Muñoz Cuesta,¹⁰⁶ entiende que lo que se sanciona es la participación en estructuras u organizaciones criminales, y

ello implica que la mera integración con un mínimo de colaboración será suficiente para aplicar este delito; reconoce, sin embargo, este autor, que el mero hecho de pertenecer nominalmente a la organización, sin realizar ningún tipo de actividad, no conllevaría la aplicación de este tipo penal.

En mi opinión, la pertenencia que se describe en el tipo penal, debe entenderse como “participación en la actividad”, esto es, resulta necesario que se constate la existencia de una mínima actividad de colaboración con la organización, quedando, por tanto, al margen del Derecho penal, aquellos supuestos en los que al sujeto pudiera pertenecer nominalmente a la misma pero que no haya realizado ningún tipo de actividad en relación con ella. Así, tal como afirma Cano Paños¹⁰⁷ “resulta, pues, necesario que se realicen conductas que contribuyan a las actividades delictivas de la organización terrorista para la atribución de responsabilidad, por lo que un perteneciente, a efectos penales, tiene que ser un miembro activo de la organización”.¹⁰⁸ Otra interpretación

¹⁰² Cfrs. Cfrs. Corcoy Bidasolo/Gallego Soler, “De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, *op. cit.*, p. 1043.

¹⁰³ Ello implica una coincidencia perfecta con la definición de organización o grupo criminal establecida en los arts. 570 bis y ter CP, cfrs. Faraldo Cabana, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*, *op. cit.*, págs. 63 y ss.; Nuñez Castaño, *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*, *op. cit.*, p. 92 y ss. En contra se pronuncia Muñoz Cuesta, “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, pp. 5 y 6, donde afirma que “la interpretación que se pueda hacer de estructuras u organizaciones de cualquier naturaleza se puede concretar en un conjunto de personas, regidas o no por normas jurídicas, pudiendo éstas ser de simple cobertura cuyo punto de conexión es la finalidad que exige el tipo. No son, a nuestro juicio las anteriores, grupos u organizaciones criminales definidas en el art. 570 bis 1 o 570 ter 1 CP, cuyos contornos allí se hayan, sino algo más concreto por la finalidad que persiguen y sin exigirse una complejidad organizativa que no sea más que la suficiente para el objetivo que les guía. Sin duda la estructura es algo más simple, es la disposición y orden de las partes dentro de un todo, unión de personas, medios e ideas para conseguir un fin. Organización, por un lado, sí requiere estabilidad, diferentes personas con distribución de funciones y relación jerárquica, siendo un ente con la solidez suficiente y capacidad para financiar ilegalmente a partidos políticos”. No podemos compartir la postura de este último autor, encaminada a tratar de ampliar el concepto de estructura y organización hasta el punto de configurarlo como supuestos de codelinencia. En definitiva, si se trata de la simple agrupación de personas para cometer el delito de financiación ilegal de partidos políticos de manera ocasional, se trataría de un caso de codelinencia a sancionar conforme las reglas generales de autoría y participación; por el contrario, si tal como insinúa el citado autor, es preciso la existencia de al menos una mínima estructura y permanencia, nos encontraríamos ante los casos de grupos criminales (estructuras) y organizaciones criminales (organización).

¹⁰⁴ Ello responde a la discusión en relación con los supuestos de terrorismo, de si sería sancionable o no en virtud de los mismos, los supuestos de *militancia pasiva* en una organización o grupo terrorista, es decir, la cuestión es si el mero hecho de formar parte de una organización sin *participar activamente* en la misma, sería considerado como delito de pertenencia a una organización o grupo criminal. Con anterioridad a la reforma realizada por la LO 5/2010, tanto la doctrina como la jurisprudencia sostenían que pertenecer a una organización criminal o terrorista debía significar algo más que estar de acuerdo con sus postulados o abrazar su ideario, es decir, sería precisa la prestación de algún tipo de contribución o soporte material o logístico, sin que sea suficiente la mera adhesión o comunión ideológica, y de modo similar debe interpretarse la regulación actual, Cfrs. Nuñez Castaño, *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*, *op. cit.*, p. 88. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2009 (caso Ekin) ha entendido que integrante, a los efectos del antiguo art. 516, equivale a partícipe activo, que es la pertenencia mínimamente exigible por el resto de modalidades de asociación ilícita, dado que otra interpretación equivaldría a configurar un claro Derecho penal de autor.

¹⁰⁵ Cfrs. Bustos Rubio, “El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 76.

¹⁰⁶ Cfrs. Muñoz Cuesta, “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 6.

¹⁰⁷ En relación a las organizaciones y grupos terroristas, Cfrs. Cano Paños, “Los delitos de terrorismo en el Código Penal español tras la reforma de 2010”, en la Ley penal, n.º 86, octubre 2011, p. 3.

¹⁰⁸ De hecho, afirma Sainz-Cantero Caparros, “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 686, que esta participación debe tener cierta relevancia, “no consistiendo en un simple favorecimiento o cooperación de cualquier índole a la actividad ilícita que aparece como designio de la organización, sino que suponga participar de forma activa, material y relevante en la financiación del partido, así como en la posible perturbación de la normalidad en el ejercicio de sus funciones”.

La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos

daría lugar a la penalización de una mera actitud ideológica, con las connotaciones que ello conllevaría.

Se exige, además, la presencia de una **elemento subjetivo del injusto**, en este caso, la *finalidad de financiar ilegalmente a partidos políticos, federaciones o agrupaciones de electores, al margen de lo establecido en la ley*. Así, es necesario que se constate que la estructura u organización se ha creado con la única finalidad de sufragar y financiar las actividades de los partidos políticos al margen de lo dispuesto en la ley. El problema que surge en este punto es a qué “ley” se refiere: ¿a los preceptos concretamente indicados en el art. 304 *bis* del Código Penal, a la LOFPP en toda su extensión, o a toda norma que de alguna manera contenga disposiciones sobre financiación de partidos políticos?

La cuestionable técnica empleada por el legislador del 2015 ha provocado diversas interpretaciones doctrinales en este ámbito. Así, un sector doctrinal entiende que, por razones sistemáticas y por la remisión expresa que realiza el art. 304 *bis*, la remisión es a la LOFPP, porque, de otro modo, y al no mencionar expresamente el precepto, que la financiación deba constituir ilícito penal, podría incurrirse en una total arbitrariedad en su aplicación.¹⁰⁹

Por el contrario, Bustos Rubio,¹¹⁰ afirma que el art. 304 *ter* abarca los supuestos en los que las organizaciones tienen como finalidad financiar a un partido político, tanto mediante la realización de los hechos supuestos en el art. 304 *bis*, como realizando hechos que supongan la infracción de otras normas legales (el resto de la LOFPP así como la LOREG) que establecen y delimitan las conductas de financiación prohibidas y permitidas. Según este autor, ello puede determinar que nos encontremos ante una situación en la que el donante y receptor de una determinada cuantía no resulten sancionados por ser atípico el objeto de la misma (por ejemplo, mediante *operaciones asimiladas*), pero que pueda sancionarse a quien

ha participado en una organización o estructura que desde el principio se dedicaba a financiar irregularmente a un partido político mediante esas mismas operaciones asimiladas, prohibidas administrativa pero no penalmente.

Es evidente, en mi opinión, que ésta última interpretación es perfectamente coherente con la descripción típica realizada por el art. 304 *ter* del Código Penal; sin embargo, también es evidente que esta interpretación nos llevará a situaciones realmente absurdas y totalmente arbitrarias. De hecho, se trata de una nueva muestra de la muy cuestionable regulación que se ha realizado en esta materia, que en este aspecto en concreto, debiera haberse referido exclusivamente a aquellas organizaciones cuya finalidad fuera la financiación de partidos políticos mediante la realización de las conductas previstas en el art. 304 *bis*. Pero no fue así, y por muy sorprendente y cuestionable que resulte, *ex lege* nada impide la interpretación realizada por Bustos Rubio.

2.2.2. Tipo agravado: directores de la estructura u organización (art. 304 *ter* 2 CP)

El apartado segundo del art. 304 *ter* CP prevé la imposición de la pena en su mitad superior, respecto de aquellas personas que dirijan la estructura u organización, lo cual encuentra su fundamento en la mayor responsabilidad y reprochabilidad que conlleva el desempeño de un papel directivo en la organización o estructura concreta.¹¹¹

A efectos de este tipo agravado, consideramos que debe entenderse por *dirigentes*, aquellos contemplados en relación con los delitos de organización y asociación ilícita;¹¹² así se trata, en general, de intervenciones de sujetos que se encuentran en el escalón superior de la estructura de organización donde el elemento “decisional” es característico de su actuar,¹¹³ así como el control genérico de las actividades y finalidades de la misma.

¹⁰⁹ Cfrs., en este sentido, Muñoz Cuesta, “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, pp. 5 y ss.; Maroto Calatayud, “La financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 317.

¹¹⁰ Cfrs. Bustos Rubio, “El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, pp. 76 y 77.

¹¹¹ Cfrs. Muñoz Cuesta, “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 6.

¹¹² Cfrs. Faraldo Cabana, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español op. cit.*, pp. 177 y ss.

¹¹³ Cfrs. la Circular de la Fiscalía General del Estado, n° 2/2011, donde se afirma que son “...aquellos que determinan las actividades y finalidades de la misma”. Cfrs., Vera Sanchez, “De las organizaciones y grupos criminales”, en Corcoy Bidasolo/Mir Puig (direct.), *Comentarios al Código Penal, reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia 2015, p. 1707.

2.2.3. Tipo cualificado: especial gravedad de los hechos (art. 304 *ter* 3 CP)

Se establece en el apartado tercero del art. 304 *ter*, un supuesto cualificado aplicable a los dos apartados anteriores (tipo básico y tipo agravado) cuando se trate de supuestos de especial gravedad que permite la imposición de la pena en su mitad superior, pudiendo llegar a la pena superior en grado. Nos encontramos, nuevamente, como ocurría en relación con el delito de financiación ilegal, con una cláusula genérica que debe valorarse en sede judicial, sin que el legislador haya dado ningún tipo de interpretación ni sentido en relación con la misma.

Sin embargo, a diferencia de otros supuestos, como el mencionado en el art. 304 *bis*, en el que se puede identificar un claro componente económico en el fundamento de la agravación, ello no es posible en el caso que estamos analizando, es decir, no resultan claros los criterios que es preciso tener en cuenta para estimar la concurrencia o no de la cualificación. En este punto, considera Puente Aba¹¹⁴ que “si la especial gravedad ha de predicarse de los propios hechos de dirección o pertenencia a una estructura u organización que se dedique a la financiación ilegal de los partidos políticos, cabría entender únicamente que resultará de aplicación cuando las actividades de financiación realizadas por tal estructura revisitan especial gravedad, es decir, cuando se verifique el supuesto agravado del art. 304 *bis*, que implica esencialmente que la financiación ilícita alcanza una cuantía de especial relevancia”. Es evidente que se trata de una lógica interpretación sistemática, pero ello nos situaría en una vulneración del principio *ne bis in idem* dado que se estaría valorando doblemente la especial gravedad de los hechos: por un lado en relación con el delito de financiación ilegal, y por otro respecto del delito de pertenencia. Es por ello, que la misma autora citada afirma que “a la vista de las cuestiones que suscita este precepto, sería deseable una articulación más coherente y organizada de las

circunstancias que agravan la financiación ilegal de partidos políticos”.

III. Conclusiones

Como hemos puesto de relieve, tanto la actualidad como la importancia de este tipo de comportamientos ha determinado la inclusión por la LO 1/2015, de una serie de comportamientos relativos a la tipificación de determinados supuestos de financiación ilegal de partidos políticos, tal y como reiteradamente se había solicitado por la doctrina. Esta necesidad de regulación expresa y autónoma del delito de financiación ilegal, inexistente en nuestro ordenamiento jurídico hasta este momento, en el intento de preservar el correcto funcionamiento del sistema democrático, que se fundamenta, entre otras cosas, en el correcto funcionamiento del sistema de partidos políticos, se concreta en la regulación realizada por el legislador del 2015, no sólo en materia penal, sino también mediante la modificación de la propia LOFPP. A pesar de ello, la regulación realizada no sólo es insuficiente dejando numerosas lagunas de punibilidad, sino que es incoherente e indeterminada, de manera que provoca innumerables superposiciones normativas que reflejan la evidente falta de reflexión con la que se ha efectuado.

Son numerosos los aspectos cuestionables que plantea esta concreta tipificación de las conductas de financiación ilegal de partidos políticos. Así, podemos señalar por ejemplo, lo llamativo que resulta la ausencia de una regulación legal y penal en relación con la financiación de las fundaciones de los partidos políticos, o la atipicidad de comportamientos como la condonación total o parcial de las deudas de los partidos políticos por parte de entidades de crédito, o de las donaciones realizadas por personas físicas o gobiernos u organismos extranjeros que sean inferiores a 100.000 euros. Al tiempo, que se centre en exclusiva sobre las donaciones o aportaciones privadas, dejando al margen del ámbito penal las que tengan origen público, y otras que, siendo privadas se encon-

¹¹⁴ Cfrs. Puente Aba, “Pertenencia a una organización destinada a la financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, pp. 922 y 923. En un sentido similar, Sainz-Cantero Caparros, “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 689, afirma que “el primer elemento a tomar en consideración para valorar esa mayor o menor gravedad, deberá ser valorar la «entidad de la contribución al desigmo criminal» de forma que cuando la participación, material o de dirección, sea especialmente relevante, podrá acudir a la aplicación de esta modalidad agravada. Junto a ello, debiera tomarse, aunque sólo sea a título orientativo los criterios de agravación que se utilizan en otros pasajes del Código Penal para agravar las previsiones en relación con la criminalidad organizada...”; por su parte Olaizola Nogales, “El delito de financiación ilegal de partidos políticos”, *op. cit.*, p. 4, entiende que dentro de los criterios posibles de interpretación de esta agravación se encuentra “el de la mayor o menor relevancia de la organización: cantidad de personas, ámbito espacial de actuación, estabilidad de la organización, tiempo de funcionamiento, etc.”

La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos

trarían fuera de la regulación penal concreta, como las operaciones asimiladas.

A ello se une la criticable ubicación sistemática que pareciera otorgar un contenido esencialmente privado y económico a estos comportamientos, lo que dificulta aún más la identificación de cuál es el bien jurídico que se está protegiendo frente a este tipo de conductas. Si hay algo que evidencia una posible necesidad de regulación expresa de este delito, es precisamente el carácter público del mismo, que se deriva (a pesar de las discrepancias doctrinales que hay al respecto) de su concreto objeto de tutela, esto es, el *correcto funcionamiento del sistema de partidos políticos*, que se manifiesta en una serie de intereses autónomos que ya hemos puesto de relieve: la transparencia en la financiación, la igualdad de oportunidades y la democracia interna.

No terminan aquí los aspectos cuestionables en relación con el delito de financiación ilegal de partidos políticos, sino que, por el contrario, una de las principales críticas que se le pueden realizar, en cuanto que implica la vulneración del principio de legalidad, es la técnica legislativa que se emplea, el recuso a la *norma penal en blanco*, que se configura como una supuesto de *remisión estática en bloque*. Son varios los problemas que se derivan de este forma de regulación: dejar vacío de contenido el tipo penal ante cualquier modificación de la norma administrativa, la exclusión *ex lege* de comportamientos claramente ofensivos para el objeto de tutela pero que se encuentran al margen de la regulación específica del art. 304 *bis* permitiendo injustificables lagunas de penalidad, y, la más grave de todas, que la *remisión en bloque* resulta contraria al principio de legalidad, en su vertiente de reserva de ley.

Por otra parte, se pone de relieve un continuado recurso a conceptos jurídicos indeterminados que, necesariamente deberán ser objeto de valoración por parte de los Tribunales, como es el caso de las agravaciones y cualificaciones en ambos preceptos si los hechos resultaran de *especial gravedad*, sea lo que sea eso de la especial gravedad, y la consiguiente lesión del principio de taxatividad penal que ello pueda conllevar.

Junto a ello, la incorporación de un tipo autónomo de *pertenencia a una organización cuya finalidad sea la de financiar ilegalmente un partido político*, nos aporta nuevos aspectos altamente cuestionables por

la vulneración de los principios básicos del Derecho penal que todos ellos plantean. Así, en primer lugar, la configuración del art. 304 *ter* como delito autónomo nos avoca a un inevitable concurso de leyes con los delitos contenidos en los arts. 570 *bis* y ss., y el 515 y ss, del Código Penal, absolutamente innecesaria, por cuanto en aras del principio de proporcionalidad, así como de la uniformidad en el tratamiento punitivo de los *delitos de organización*, hubiera sido aconsejable que no se hubiera regulado de manera específica este tipo autónomo en relación con el delito de financiación ilegal, al poderse incluir perfectamente estos comportamientos en los arts. 570 *bis* y ss., o en el art. 515 y ss.

En segundo lugar, la referencia a la *finalidad de financiar a los partidos políticos al margen de lo establecido en la ley*, determina la concurrencia de un nuevo problema por indeterminación. ¿A qué ley en concreto se refiere? ¿A la expresamente mencionada en el art. 304 *bis* o a cualquier ley que regule materia de financiación de partidos políticos? La descripción típica permite decantarse por la segunda opción sin ningún tipo de impedimento, pero de ser así ello implicaría como resultado situaciones absolutamente absurdas como que se sancione administrativamente al donante y receptor, y penalmente a quien pertenezca a la organización, conllevando soluciones absolutamente arbitrarias.

Todo lo expuesto, nos lleva a considerar que, nuevamente la incorporación expresa de estos delitos de financiación ilegal no responde a un real interés por parte del legislador de controlar este tipo de comportamientos, derivado de una mayor y mejor reflexión sobre la materia, sino más bien a dar una respuesta penal leve y sin rigurosidad alguna, a la alarma y rechazo social que los últimos escándalos de corrupción han provocado en la sociedad. Y ello implica que se ha dado una solución exclusivamente aparente, a un problema real y grave existente en nuestro sistema democrático. Así, como señala Maroto Calatayud,¹¹⁵ “se ha perdido la oportunidad de tomarse de una vez en serio el problema de la financiación ilegal, o al menos de delimitar y facilitar la tarea de los jueces, en un nuevo episodio de una política criminal capturada por intereses espurios”.

En definitiva, la defectuosa y cuestionable regulación realizada por el legislador del 2015 en materia de

¹¹⁵ Cfrs. Maroto Calatayud, *La financiación ilegal de partidos políticos*, op. cit., p. 319.

financiación ilegal de partidos políticos determina que, lejos de dar una adecuada respuesta a un fenómeno que se ha convertido en un grave problema social por la evidente naturaleza de corrupción que conlleva, plantee serias dudas en relación, tanto con su legitimidad como con su potencial eficacia.

IV. Bibliografía

- Ariño Ortiz, *La financiación de los partidos políticos*, Documentos del Foro de la sociedad civil, nº 1, 2009, <http://www.medioscan.com/pdf/financiacionpartidos.pdf>, ult. consult. 28.10.2016.
- Bustos Rubio, “El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos”, en *Revista Penal*, nº 37, enero 2016.
- Cancio Meliá, “Delitos de organización”, en *Revista electrónica del Instituto Latino Americano de Estudios en Ciencias Penales y Criminológicas*, 006-01 (2011), www.ilecip.org.
- Cano Paños, “Los delitos de terrorismo en el Código Penal español tras la reforma de 2010”, en la *Ley penal*, nº 86, octubre 2011.
- Corcoy Bidasolo/Gallego Soler, De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos”, en Corcoy Bidasolo/Mir Puig (direct.), *Comentarios al Código Penal, reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia 2015.
- Faraldo Cabana, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*, Valencia 2012.
- Gomez Rivero, *Nociones fundamentales de Derecho penal, parte general*, en Gomez Rivero/Martinez Gonzalez/Nuñez Castaño, 3ª ed., Madrid, 2015.
- Caroto Calatayud, *Corrupción y financiación de partidos políticos: un análisis político criminal*, https://www.academia.edu/4077753/Corrupci%C3%B3n_y_financiaci%C3%B3n_ilegal_de_partidos_pol%C3%ADticos_un_an%C3%A1lisis_pol%C3%ADtico-criminal, ult. Consult. 18 de noviembre de 2015.
- _____, *La financiación ilegal de partidos políticos: un análisis político criminal*, Marcial Pons, Madrid 2015.
- Muñoz Conde, *Derecho penal, Parte especial*, 20ª ed., Valencia 2015.
- Muñoz Cuesta, “Delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, en *revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5/2015.
- Navarro Cardoso, “Corrupción, transparencia y Derecho Penal. Especial referencia al derecho de acceso a la información pública”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 14, diciembre de 2014.
- Navarro Mendez, *Partidos políticos y “democracia interna”*, Madrid 1999.
- Nieto Martin, “Financiación ilegal de partidos políticos”, en Arroyo Zapatero/Nieto Martin (Coords.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Cuenca 2006.
- _____, en Gomez Rivero y otros, *Nociones fundamentales de Derecho Penal, Parte Especial*, vol. II, 2ª ed., Madrid, 2015.
- _____, *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*, Valencia, 2013.
- _____, *Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte General*, en Gomez Rivero/Martinez Gonzalez/Nuñez Castaño, 3ª ed., Madrid 2015.
- _____, “Tendencias político-criminales en materia de terrorismo tras la LO 2/2015, de 30 de marzo: la implementación de la normativa europea e internacional”, en *Revista Penal*, nº 37, enero 2016.
- Olaizola Nogales, “El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del Código Penal”, *La Ley* 2637/2015.
- _____, *La financiación ilegal de partidos políticos: un foco de corrupción*, Valencia 2014.
- Puente Aba, “Delitos electorales”, en Faraldo Cabana (Direct.), *Comentarios a la legislación penal especial*, Lex Nova, 2012.
- _____, “Financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis CP)”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Gorriz Royo/Matallin Evangelio (Coord.), Gonzalez Cussac (Director), 2ª ed., Valencia 2015. <http://0-biblioteca.tirant.com.fama.us/es/cloudLibrary/ebook/info/9788490869451>
- _____, “Pertenencia a una organización destinada a la financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 ter CP)”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Gorriz Royo/Matallin Evangelio (Coord.), Gonzalez Cussac (Director), 2ª ed., Valencia 2015. <http://0-biblioteca.tirant.com.fama.us/es/cloudLibrary/ebook/info/9788490869451>
- Rodriguez Lopez, *Contabilidad y financiación de los partidos políticos*, Madrid 2011.
- Romero Flores, *Partidos políticos y responsabilidad penal: la financiación electoral irregular*, Barcelona, 2005.

La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos

Sainz-Cantero Caparros, “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, en Morillas Cueva (Direct.), *Estudios sobre el Código penal reformado*, Madrid 2015.

Sandoval Coronado, “La financiación corrupta de los partidos políticos. A propósito del «caso Pallerols»”, en *La intervención penal en supuestos de*

fraude y corrupción. Doctrina y análisis de casos, Puente Aba (Directora), Barcelona, 2015.

Vera Sanchez, “De las organizaciones y grupos criminales”, en Corcoy Bidasolo/Mir Puig (direct.), *Comentarios al Código Penal, reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia 2015.

Seguridad y orden público: un nuevo panorama en el Derecho sancionador español

María Alejandra Pastrana Sánchez

Universidad de Cádiz

RESUMEN: En marzo de 2015 España asistió al alumbramiento de un nuevo texto legal que llevaba gestándose varios años: la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. La exégesis de los preceptos de esta nueva ley, en orden a articular un análisis del nuevo panorama sancionador español en la materia, quedaría incompleto sin referencia a parte del articulado relativo a los Capítulos II y III del Título XXII del Código Penal (referentes a los atentados, la resistencia y desobediencia y los desórdenes públicos), modificados por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se reforma la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Y es que este conjunto de normas ha creado un peculiar entramado normativo que hace no sólo variar la regulación de las materias en juego, sino también la propia concepción de un Derecho penal garantista que debería estar presente en todo Estado social y democrático de Derecho.

PALABRAS CLAVE: Seguridad ciudadana, orden público, reformas, Derecho penal del enemigo.

ABSTRACT: In 2015, Spain witnessed the birth of a new law that had been developed for several years: the Act, 4/2015, of March 30th, about the protection of public safety. It is necessary to study an exegesis of its articles in order to analyze the new landscape in the Spanish criminal law. However, this analysis would be incomplete without any references to Chapters II and II of Title XXII of the Criminal Code (which was modified by the Act 1/2015, of March 30th, amending the Act 10/1995, of November 23th, about the Criminal Code). This is due to this body of rules has created a peculiar regulatory network, which has changed the regulation of the issues under discussion as well as it has damaged the guarantees that must be protected by all social and democratic State of Law.

KEY WORDS: Public safety, law and order, reforms, criminal law of the enemy.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El presupuesto. Los conceptos de seguridad y orden público. 3. La realidad. Últimas reformas sobre seguridad ciudadana y orden público. 3.1. Breve aproximación a la potestad sancionadora de la Administración Pública y el sistema administrativo sancionador. 3.2. Infracciones. 3.2.1. Infracciones muy graves. 3.2.2. Infracciones graves. 3.2.3. Infracciones leves. 3.3. Sujetos responsables. 4. Conclusiones.

1. Introducción

En marzo de 2015 España asistió al alumbramiento de un nuevo texto legal que llevaba años gestándose: la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (en adelante LOPSC). Esta norma abría de nuevo el debate entre el binomio seguridad y libertades públicas, tan en boga en las últimas décadas, para conceder la victoria a consideraciones más restrictivas del ejercicio de los derechos fundamentales.¹ La causa del triunfo de estas últimas debe buscarse en la demanda infinita de seguridad de las sociedades actuales² y en el considerable aumento de las protestas sociales, fruto de la crisis económica y las reformas legales acontecidas en los últimos años.³

La exégesis de los preceptos de la nueva LOPSC, en orden a articular un análisis del nuevo panorama sancionador español en la materia, quedaría incompleto sin referencia a parte del articulado relativo a los Capítulos II y III del Título XXII del Código Penal (en adelante CP), modificados por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Y es que este conjunto de normas ha creado un peculiar entramado normativo que hace no sólo variar la regulación de las materias en juego, sino también la propia concepción de un Derecho penal garantista que debería estar presente en todo Estado social y democrático de Derecho.

Tras poco más de un año de aplicación de la norma, con más de 20.000 sanciones impuestas en el segundo semestre de 2015,⁴ puede afirmarse que su aplicación no es meramente residual, por lo que su estudio no responde sólo a cuestiones puramente dogmáticas.

2. El presupuesto. Los conceptos de seguridad y orden público

Los conceptos de bienes jurídicos colectivos tales como la “seguridad ciudadana” o el “orden público”

resultan en buena medida difíciles de definir. Pero cuando surgen dudas al respecto del contenido de alguno de ellos no cabe otra solución que la común para delimitar el ámbito de tutela penal en cualquier materia: acudir a la doctrina científica, al análisis teleológico de los preceptos que los protegen y a la jurisprudencia.

En el caso de la seguridad, la exposición de motivos de la LO 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, establecía que “*la protección de la seguridad ciudadana y el ejercicio de las libertades fundamentales constituyen un binomio inseparable, y ambos conceptos son requisitos básicos de la convivencia en una sociedad democrática*”. Al respecto, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC)⁵ ha expresado que: “Resultarán encuadrables en la materia ‘seguridad pública’, todas aquellas medidas o cautelas que, dirigiéndose a la protección de personas y bienes, tengan como finalidad aún más específica evitar graves riesgos potenciales de alteración del orden ciudadano y de la tranquilidad pública. Ello se ha de manifestar a través de la necesaria puesta en práctica de medidas preventivas y reactivas íntimamente relacionadas”.

Como se puede observar, los mismos términos carecen de la precisión necesaria, pues surgen interrogantes al respecto de lo que debe entenderse por “alteración del orden ciudadano”, “tranquilidad pública”, “seguridad pública” y “seguridad ciudadana”. En cualquier caso, lo que sí parece manifestarse claramente es que la seguridad ciudadana deriva de una protección eficaz de los derechos y libertades fundamentales contenidos en la Constitución Española (en adelante, CE) y sólo como medio de tutela de estos derechos tiene sentido su regulación. Así apareció plasmado en la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 341/1993, de 18 de noviembre, que, precisamente por ello, derogó determinados preceptos de la anterior Ley de Seguridad Ciudadana.⁶

¹ Debate que comienza en la década de 1970, cuando el Derecho europeo occidental empieza a tomar nuevos carices expansionistas en busca de una pretendida seguridad, que alejan cada vez más el modelo garantista. Hassemmer, “El derecho penal del Estado de Derecho en los tiempos del terrorismo”, en Reyna Alfaro, L., Cuaresma Terán, S. (Dir.), “Derecho penal y Estado de Derecho. Reflexiones sobre la tensión entre riesgos y seguridad”, Ed. B de F, Buenos Aires, 2008, pp. 181-182.

² Núñez Castaño, “Las organizaciones y grupos terroristas tras la reforma de la Ley Orgánica 5/2010” en Muñoz Conde, F. (Dir.), Análisis de las reformas penales. Presente y futuro, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 382.

³ Vid. Terradillos, Boza, “Seguridad del Estado y represión del ejercicio de libertades públicas (reunión, manifestación) en la perspectiva del cambio constitucional”, Gaceta sindical, núm. 23, 2014, pp. 308-309.

⁴ Cfr. Anuario Estadístico Del Ministerio Del Interior. Disponible en: <http://www.interior.gob.es/documents/642317/1204854/Anuario_estadistico_2015_126150729.pdf/da61515a-9cd8-4cb4-bdd9-a17f3d3d7b20>. Consulta: 07/09/2016.

⁵ STC 148/2000, de 1 de junio, fundamento jurídico 10º.

⁶ En concreto, fueron declarados inconstitucionales el art. 21.2 (“*a los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, será causa legítima para la entrada y registro en domicilio por delito flagrante el conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de*

Así, en España no puede considerarse como derecho autónomo el derecho a la seguridad ciudadana sino que éste es presupuesto, o derecho instrumental si se prefiere, del ejercicio de los demás derechos fundamentales.⁷

Por otro lado, no es posible encontrar ningún texto legal que defina la seguridad ciudadana: ni la CE; ni la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; ni tampoco la LOPSC, en su versión de 1992 o en la actual, han abordado la tarea de delimitar siquiera de una forma aproximada su contenido. La CE alude a la seguridad ciudadana únicamente en el art. 104.1, cuando determina que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos fundamentales y garantizar la seguridad ciudadana. También se pueden encontrar en la CE otras acepciones de seguridad, tales como la seguridad jurídica (art. 9), seguridad personal (art. 17.1) y la seguridad pública (art. 149.1.29^a).⁸ Respecto de ellas, la STC 325/1994, de 12 de diciembre,⁹ afirmaba lo siguiente:

Habla, por una parte, de la seguridad jurídica (art. 9 CE), uno de los principios cardinales del Derecho a la par del valor justicia. Hay otra seguridad [la seguridad personal], la que es soporte y compañera de la libertad personal (art. 17 CE), cuya esencia se pone desde antiguo en la tranquilidad de espíritu producida por la eliminación del miedo. Una y otra han sido perfiladas por este Tribunal Constitucional desde su STC 2/1981 hasta la STC 126/1987. Ésta, a su vez, aparece conectada a la tercera especie, la seguridad pública (art. 149.1.29 CE) también llamada ciudadana, como equivalente a la tranquilidad en la calle. En definitiva, tal seguridad se bautizó ya en el pasado siglo, con la rúbrica del o “orden público”, que era concebido como la situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado, cuando se desarrollan las diversas acti-

vidades colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos. En definitiva, el normal funcionamiento de las instituciones y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales según lo definía la ley homónima de 28 de julio de 1933, durante la Segunda República.

Siguiendo lo establecido por esta sentencia, la delimitación de estos bienes jurídicos sería muy sencilla: los conceptos de seguridad pública y seguridad ciudadana serían idénticos, y a su vez vendrían a coincidir con lo que tradicionalmente se denomina orden público.

No obstante, aparecen algunos problemas interpretativos cuando en otras resoluciones del TC se maneja un concepto de seguridad pública distinto. Así, por ejemplo, en la STC 33/1982, de 8 de junio, se estableció que la seguridad pública “se centra en la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad y orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas”. Por su parte, la STC 59/1985, de 6 de mayo, intenta matizar el concepto de seguridad pública, en el sentido de acotar que “no toda seguridad de personas y bienes, ni toda normativa encaminada a conseguirla, o a preservar su mantenimiento, puede englobarse en el título competencial de “seguridad pública” pues si así fuera la práctica totalidad de las normas del ordenamiento serían normas de seguridad pública, por ende, competencia del Estado, cuando es claro que se trata de un concepto más estricto, en el que hay que situar de modo predominante las organizaciones y los medios instrumentales, en especial los cuerpos de seguridad a que se refiere el art. 104 CE”.¹⁰ Jurisprudencia más reciente¹¹ confirma la doctrina asentada en esas ya antiguas resoluciones.

Se entiende así que seguridad pública y seguridad ciudadana son expresiones distintas. La primera haría

Seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, castiga el Código Penal, siempre que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito”) y el inciso final del art. 26. J. (“en las reglamentaciones específicas o en las normas de policía dictadas en ejecución de las mismas”) de la LOPSC 1/1992, de 21 de febrero.

⁷ Escobar, VII Informe sobre Derechos Humanos, Seguridad Ciudadana, Federación Iberoamericana de Ombudsman, Trama Editorial, Madrid, 2011, p. 266-267. Vid. también STC 46/2001, de 15 de febrero: “Ahora bien, en cuanto ‘único límite’ al ejercicio del derecho, el orden público no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos, porque en tal caso ella misma se convierte en el mayor peligro cierto para el ejercicio de ese derecho de libertad”.

⁸ Ahondando en las fuentes, el concepto de seguridad como derecho también aparece aludido en el art. 17.1 de la CE, y en el contexto internacional podemos encontrarlo en el art. 6 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el art. 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁹ Fundamento jurídico 2º.

¹⁰ Jiménez Díaz, Seguridad ciudadana y Derecho penal, Dykinson, Madrid, 2006, p. 13-22.

¹¹ STC 25/2004, de 26 de febrero y STC 148/2000, de 1 de junio.

Seguridad y orden público: un nuevo panorama en el Derecho sancionador español

referencia a aquella “actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad y orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas”.¹² Esa tranquilidad y orden se refieren al orden público, por lo que parece claro que la seguridad pública englobaría a éste.¹³ Por otro lado, la seguridad ciudadana “es aquel estado en el cual los ciudadanos gozan de una situación de tranquilidad y estabilidad tal que les permite ejercitar de forma libre y responsable los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente”.¹⁴ De lo anterior se deduciría, en consecuencia, que el orden público es presupuesto de la seguridad ciudadana.

Conforme a la jurisprudencia anterior, no puede mantenerse que este “derecho a la seguridad” sea un valor autónomo. Es más, una interpretación que siguiera ese camino sería contraria a la función de garantía de los derechos fundamentales.¹⁵ Así, en palabras de Baratta, sería falso afirmar que existe un derecho fundamental a la seguridad, pues lo correcto es hablar de la seguridad de los derechos.¹⁶

3. La realidad. Últimas reformas sobre seguridad ciudadana y orden público

3.1. Breve aproximación a la potestad sancionadora de la Administración Pública y el sistema administrativo sancionador

En nuestro ordenamiento jurídico está ampliamente asentado que la potestad sancionadora de la Administración Pública puede tener dos fundamentos: la protección del orden social en su conjunto y la tutela de su propia organización. Es lo que, gracias a las aportaciones de la doctrina alemana clásica, se denomina

“relación de sujeción general” y “relación de sujeción especial”, respectivamente¹⁷.

Cuando se produce la actuación administrativa basada en el fundamento disciplinario o de autotutela, la norma se dirige a personas que tienen esa “relación de sujeción especial” con la Administración, de manera que en este caso, la potestad sancionadora es utilizada para asegurar el funcionamiento de la organización administrativa. La otra cara de la moneda viene constituida por el fundamento correctivo, en aquellos casos en que la norma administrativa sancionadora se dirige a todos los ciudadanos, con el fin de mantener el orden social. Como es obvio, la primera faceta de la potestad sancionadora tutela el correcto funcionamiento de la Administración, y la segunda, se encarga de la protección de bienes jurídicos esenciales para el conjunto de la ciudadanía.¹⁸

Si se tuviera que enmarcar en una de estas dos categorías a la LOPSC, al menos en teoría, ésta debería ser un modelo arquetípico de fundamento correctivo o relación de sujeción general, pues las sanciones que se recogen en esta Ley no están dirigidas a personas con una especial relación con la Administración, sino a la ciudadanía en su conjunto. En este contexto, la noción de bien jurídico protegido se convierte en un elemento con especial relevancia, pues se trata de una regulación que limita el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, en supuesta coordinación con el aparato punitivo. Y en un Estado social y democrático de Derecho, las restricciones a los poderes de acción de los ciudadanos, tanto si se realizan por la vía penal como por la vía administrativa, han de justificarse como sistema de protección de la sociedad. De conformidad con lo anterior, no debería ser castigada cualquier conducta, sino sólo la que resulte nociva para los ciudadanos, por lesionar o poner en peligro bienes jurídicos esenciales.

¹² STC 33/1982, de 8 de junio.

¹³ Jiménez Díaz, Seguridad ciudadana y Derecho penal..., op. cit., p. 19-20.

¹⁴ *Ibid.*, p. 20.

¹⁵ Portilla Contreras, El Derecho penal de la libertad y seguridad (de los derechos), Iustel, Madrid, 2012, p. 21.

¹⁶ Baratta, “El concepto actual de seguridad en Europa”, Revista Catalana de Seguridad Pública, núm. 8, 2001, p. 19.

¹⁷ Cfr. Gallego Anabitarte, “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración”, Revista de Administración Pública, núm. 34, 1961, pp. 11-51.

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ En el momento de redacción de este texto, la norma se encuentra en *vacatio legis*, entrando en vigor el 2 de octubre de 2016. Esta norma junto con la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones, vienen a sustituir a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Los principios de la potestad sancionadora, con similar redacción a la anterior, se recogen en el Capítulo III, arts. 25 a 31. También se aprecian algunas modificaciones con respecto a la Ley de 1992, p. ej., la aplicación de estos principios a la potestad disciplinaria de las Administraciones Públicas respecto del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo, o la exigencia de dolo o culpa para entender responsables a los infractores.

Para complementar estas nociones comunes a las normas sancionadoras puede acudir al Capítulo III de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP).¹⁹ En dicho Capítulo se incluyen una serie de principios que debe respetar la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora. De este modo, son contemplados los principios de tipicidad y legalidad, junto con los de irretroactividad, responsabilidad, proporcionalidad, *ne bis in idem*, y la institución de la prescripción en este ámbito.²⁰ Como se puede comprobar, los principios aplicables a las normas administrativas sancionadoras son muy parecidos a los que presiden la creación de normas penales, y ello porque las fronteras entre unas y otras son muy cercanas, si bien se deja para el Derecho penal, de conformidad con el principio de intervención mínima, aquellas lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos que resultan más graves e intolerables.

La potestad sancionadora de la Administración Pública siempre ha sido un tema espinoso desde el punto de vista de la separación de poderes y las garantías ciudadanas. Es por ello que se torna especialmente relevante que lo estipulado en una norma administrativa sancionadora encuentre plena justificación y no sea arbitraria. En un Estado como el nuestro, las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales no pueden ir en *pro* de la obediencia al poder ni del mero establecimiento de deberes, sino deben tutelar eficazmente las condiciones fundamentales de la vida en común, es decir, asegurar el disfrute de los bienes jurídicos más relevantes.

Por otra parte, el poder de autoejecución de las propias resoluciones del que dispone la Administración Pública puede en ocasiones desamparar al ciudadano, que ve mermado el respeto a sus derechos de defensa²¹. Y si bien es cierto que la imposición de sanciones administrativas es revisable por los órganos judiciales, no deja de ser una solución poco eficiente, pues este procedimiento (el contencioso administrativo) puede dilatarse años y, además, bajo el principio *solve et repete*.

Ya en particular, la LRJSP establece de forma general que, en orden a la proporcionalidad de las sanciones administrativas, se tendrá en cuenta la existencia de intencionalidad o reiteración, la naturaleza de los perjuicios causados y por último la reincidencia.²² Por último, se contemplan normas para el concurso y las infracciones continuadas. Es decir, la Ley simplemente se ocupa de guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, sin que en cambio sean tenidas en cuenta las circunstancias personales del sujeto a sancionar.

La LOPSC contempla esos mismos principios que se recogen en la LRJSP con la excepción que se encuentra en el art. 33.2 LOPSC, que establece que dentro de cada grado de multa a imponer se tendrá en cuenta, entre otros factores, la capacidad económica del infractor. Si nos remitimos a su art. 4, éste establece lo siguiente: “*El ejercicio de las potestades y facultades reconocidas por esta ley a las Administraciones Públicas y, específicamente, a las autoridades y demás órganos competentes en materia de seguridad ciudadana y a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se regirá por los principios de legalidad, igualdad de trato y no discriminación, oportunidad, proporcionalidad, eficacia, eficiencia y responsabilidad, y se someterá al control administrativo y jurisdiccional*”.

Al respecto, hay que tener en cuenta que esta Ley prevé sanciones de hasta 600.000€,²³ que como máximo podrían ser reducidas a 30.000,01€, según establece el art. 33 para la graduación de las sanciones. Resulta obvio que son cantidades notables que podrían acabar con una economía familiar. Esto puede afectar al principio de igualdad, pues la sanción no va a suponer lo mismo para unas personas que para otras, por lo que la capacidad de coacción que posea la norma sobre los ciudadanos dependerá de su respectivo nivel económico. Hostigando, por tanto, a las personas con recursos medios y bajos, y especialmente a las más castigadas por la crisis económica.

²⁰ Cabe también nombrar uno de los principios fundamentales de la Administración en la materia, que se encuentra recogido en el art. 25.3 de la CE: “*La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad*”.

²¹ Derechos de defensa que aparecen consagrados en el art. 24 de la CE.

²² Tradicionalmente se recogía en el art. 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La nueva LRJSP contempla, además, la posibilidad de imponer la sanción inferior en grado cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción y la gravedad del hecho y se incluyen normas para el concurso y las infracciones continuadas (*vid.* art. 29).

²³ Art. 39.1 LOPSC.

Seguridad y orden público: un nuevo panorama en el Derecho sancionador español

A la vista de lo anterior, la LOPSC debería ser muy escrupulosa a la hora de marcar el supuesto de hecho. Por añadidura, los bienes jurídicos a tutelar mediante el castigo de las infracciones tendrían que ser plenamente visibles, al tiempo que las sanciones deberían ser congruentes a dichas infracciones y por supuesto, proporcionales.

Parece obvio que la protección de la seguridad de los ciudadanos puede chocar en determinados supuestos con el ejercicio de ciertos derechos fundamentales. Estamos ante un conflicto de intereses para la vida en comunidad que debería ser resuelto mediante una adecuada ponderación de los diferentes bienes jurídicos implicados. Sin embargo, en el caso de la LOPSC parece contemplarse una sobreprotección de un supuesto “derecho a la seguridad” que el texto legal impone por encima de los demás derechos de participación ciudadana. Y no sólo mediante esta ley sino que, como se verá más adelante, el círculo normativo se blindo, además, con la reforma penal plasmada en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Es por ello que cabe plantearse si ese menoscabo de nuestros derechos fundamentales tiene como objetivo la protección de la seguridad ciudadana. Un análisis de algunos de los aspectos más destacados del articulado puede proporcionar la respuesta.

3.2. Infracciones

3.2.1. Infracciones muy graves

En la Sección Segunda del Capítulo V de la LOPSC se establecen las infracciones y sanciones. Más concretamente, en el art. 35 se marcan las que son consideradas “muy graves”. Así, se tipifican los comportamientos que hayan generado un riesgo para la vida o la integridad física de las personas, en el seno de reuniones o manifestaciones no comunicadas o prohibidas en infraestructuras o instalaciones en las que se prestan

servicios básicos para la comunidad o en sus inmediaciones, así como la intrusión en sus recintos, incluido su sobrevuelo.²⁴

Al respecto hay que señalar que se equiparan los casos de manifestaciones prohibidas con las que simplemente no han sido comunicadas, a pesar de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha remarcado que la mera ausencia de comunicación previa a las autoridades no justifica ni la disolución ni la prohibición de una manifestación, siendo tales órdenes, cuando se dan, una restricción desproporcionada del derecho de reunión.²⁵ De este modo, el hecho de que no se haya cumplido con un mero requisito administrativo no permite presumir que los manifestantes afecten al orden público, más allá de las eventuales perturbaciones normales que puedan causarse y que son inherentes al ejercicio del derecho de reunión. Por ello, “en ausencia de actos violentos por parte de los manifestantes es importante que los poderes públicos demuestren tolerancia hacia las concentraciones pacíficas, con el fin de que la libertad de reunión no se vea vaciada de contenido”.²⁶ En el mismo sentido se ha pronunciado recientemente el Relator Especial de Naciones Unidas,²⁷ recordando que la obligación de proteger el libre ejercicio del derecho de reunión que incumbe a los Estados alcanza a las concentraciones espontáneas.

Habida cuenta de lo anterior, parece que el art. 35 LOPSC es una respuesta desproporcionada a actuaciones ciudadanas que se han realizado para demostrar su oposición a las políticas llevadas a cabo por el poder; por ejemplo, las manifestaciones en los alrededores de centrales nucleares que se han sucedido en los últimos años, auspiciadas por el desastre de Fukushima, o las ocurridas en Valencia por el almacén nuclear de Zarra.²⁸

3.2.2. Infracciones graves

Ya en el art. 36 de la LOPSC se despliega el abanico de las infracciones consideradas como graves. Así, su

²⁴ Art. 35.1 de la LOPSC: “Las reuniones o manifestaciones no comunicadas o prohibidas en infraestructuras o instalaciones en las que se prestan servicios básicos para la comunidad o en sus inmediaciones, así como la intrusión en los recintos de éstas, incluido su sobrevuelo, cuando, en cualquiera de estos supuestos, se haya generado un riesgo para la vida o la integridad física de las personas. En el caso de las reuniones y manifestaciones serán responsables los organizadores o promotores”.

²⁵ Vid. p. ej., Sentencia del TEDH, asunto Oya Ataman c. Turquía, demanda núm. 74552/01, de 5 de diciembre de 2004, párr. 41. Vid. también, sobre las manifestaciones espontáneas y preaviso, Bilbao Ubillos, “La llamada ley mordaza: la Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana”, Teoría y Realidad Constitucional, núm. 36, 2015, pp. 251 y 252.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Véase el Informe del Relator especial de Naciones Unidas para el derecho a la libertad de reunión y a la libertad de asociación al Consejo de Derechos Humanos, Doc. ONU A/HRC/23/39, de 24 abril de 2013, párr. 51.

²⁸ *Vid.*, p. ej., <http://elpais.com/elpais/2010/09/21/actualidad/1285057042_850215.html> Consulta: 06/09/16.

apartado segundo recoge como infracción “*la perturbación grave de la seguridad ciudadana que se produzca con ocasión de reuniones frente a las sedes del Congreso de los Diputados, el Senado y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, aunque no estuvieran reunidas, cuando no constituyan infracción penal*”.²⁹ Por su parte, el CP en su art. 494³⁰ castiga a aquellos que alteren el normal funcionamiento de la Cámara, mediante manifestaciones u otras reuniones, cuando éstas estén efectivamente reunidas. Lo más llamativo del precepto administrativo proviene de la prohibición aun cuando no haya reunión en el interior del edificio, es decir, cuando no se esté desempeñando ninguna de las actividades inherentes al Poder Legislativo. Esto provoca que se cuestione qué es lo que se pretende proteger con este artículo.³¹ A este respecto, el Relator Especial de Naciones Unidas, Maina Kiai, ya estableció que los espacios colindantes de edificios icónicos, como los palacios presidenciales, parlamentos o monumentos, deben considerarse espacios públicos y las reuniones pacíficas deben estar permitidas en estos entornos.³²

Es cierto que se puede recurrir a la seguridad ciudadana a la hora de justificar ciertas restricciones para posibilitar el ejercicio pacífico, democrático y responsable de derechos por parte de todos los ciudadanos que integran la sociedad. Pero lo que no parece admisible es apelar a ella como coartada para limitar sin más el desarrollo de los derechos y libertades constitucionales,³³ pues como ya se ha mencionado, la seguridad ciudadana es presupuesto de tales derechos, o lo que es lo mismo, la plataforma sobre la que

descansan y que posibilita su efectivo desarrollo y disfrute.³⁴ No es la LOPSC el único instrumento que parece haber servido para desalentar el ejercicio de estos derechos: la reforma del CP³⁵ ha introducido dentro de los agravantes para los desórdenes públicos, que estos se produzcan durante una manifestación o reunión “numerosa”. Además de la imprecisión de la expresión “numerosa”, esta agravante no busca castigar un mayor contenido de injusto del comportamiento, sino simplemente aumentar la pena, pues es claro que lo habitual será que el desorden público tenga lugar en esas circunstancias.³⁶ Los impedimentos al derecho de reunión o manifestación ya se encontraban sancionados en el art. 514.4 CP, por lo que no puede ser el fundamento de la agravación. Lo que por otra parte viene confirmado por la eliminación del art. 559 CP, que castigaba el impedir a alguna persona el ejercicio de sus derechos cívicos. Así se logra establecer ese panorama desalentador: a los 6 años de prisión previstos para los desórdenes habrá que acumular, en su caso, las penas que resulten de los actos concretos de violencia o amenazas.

Siguiendo el catálogo de las infracciones graves, el art. 36.3³⁷ LOPSC castiga los desórdenes en espacios públicos o la obstaculización de ésta con objetos, comportamiento típico en algunas manifestaciones con tintes, normalmente, menos pacíficos, pues se exige que estos desórdenes u obstáculos supongan una alteración grave de la seguridad ciudadana. No obstante, hubiera sido mejor desde el punto de vista del principio de legalidad determinar qué ha de suponer esa “alteración grave”, lo cual no puede equivaler a la tranquilidad de

²⁹ Art. 36.2 de la LOPSC.

³⁰ Art. 494 CP: “*Incurrirán en la pena de prisión de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses los que promuevan, dirijan o presidan manifestaciones u otra clase de reuniones ante las sedes del Congreso de los Diputados, del Senado o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, cuando estén reunidos, alterando su normal funcionamiento*”.

³¹ Esta misma pregunta plantea Bilbao Ubillas, “La llamada ley mordaza...”, op. cit., p. 245.

³² Véase el Informe del Relator especial de Naciones Unidas para el derecho a la libertad de reunión y a la libertad de asociación al Consejo de Derechos Humanos, Doc. ONU A/HRC/23/39, de 24 abril de 2013, párr. 66. De la misma opinión, Goig Martínez, “El ‘molesto’ derecho de manifestación”, Revista de Derecho UNED, núm. 11, 2012, p. 384 y ss. Vid. también Terradillos, Boza, Seguridad del Estado y represión..., op. cit., p. 319.

³³ Jiménez Díaz, Seguridad ciudadana y Derecho penal..., op. cit., pp. 13 a 22. También, p. 15: “Lo que no es admisible bajo ningún concepto es utilizarla [seguridad pública] como excusa y, so pretexto de velar por ella, impedir el ejercicio de unos derechos y libertades que no son sino la razón de ser de su existencia y protección jurídica”.

³⁴ Los vocales Enrique Lucas Murillo de la Cueva y Mercé Pigem Palmés, expresaron su opinión al respecto, compartiendo este mismo punto de vista, en sus Votos Particulares, hechos al informe al anteproyecto de ley orgánica de protección de la seguridad ciudadana elaborado por el CGPJ, de 27 de marzo de 2014.

³⁵ Modificación introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: art. 557 bis. 1.3ª.

³⁶ García Rivas, “Delitos de atentado, resistencia y desobediencia” en QUINTERO OLIVARES, G., Comentario a la Reforma Penal de 2015, Aranzadi, 2015, pp. 779 y ss.

³⁷ Art. 36.3. LOPSC: “*Causar desórdenes en las vías, espacios o establecimientos públicos, u obstaculizar la vía pública con mobiliario urbano, vehículos, contenedores, neumáticos u otros objetos, cuando en ambos casos se ocasione una alteración grave de la seguridad ciudadana*”.

Seguridad y orden público: un nuevo panorama en el Derecho sancionador español

circular sin molestias sino a un peligro concreto para personas o bienes. En el pasado año 2015, se registraron 1978 infracciones de este precepto.³⁸

Por otro lado, la infracción recogida en el art. 36.6,³⁹ concerniente a la resistencia y desobediencia no constitutiva de delito y la negativa a identificarse ha supuesto un total de 3632 sanciones⁴⁰ (cifra dentro de las infracciones graves sólo superada por las sanciones relativas a drogas) a pesar de la dificultad para discernir donde termina el delito y comienza la infracción administrativa.⁴¹ Esta sanción viene a cubrir parte del contenido del derogado art. 634 CP⁴², despenalizado al suprimir las faltas del CP, de suerte que ese comportamiento ha pasado a estar castigado con una sanción de entre 601 y 30.000€, frente a la multa de diez a sesenta días que recogía el CP.

3.2.3. Infracciones leves

Por lo que respecta al capítulo dedicado a las infracciones leves, éste se despliega en el art. 37, donde se recogen, entre otras, “*las faltas de respeto y consideración cuyo destinatario sea un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones de protección de la seguridad, cuando estas conductas no sean constitutivas de infracción penal*”.⁴³ Este precepto hace surgir dudas al respecto

de cuál es la consideración debida a la autoridad y qué se debe considerar una falta de respeto.

Además, parece difícil distinguir esta infracción administrativa del nuevo delito del art. 556.2 CP, que presenta una redacción casi idéntica.⁴⁴ Sobre este punto, ya se ha pronunciado la jurisprudencia en varias ocasiones: el nuevo artículo 556 en su apartado segundo sólo hace referencia a la “*autoridad*” pero no a sus agentes; a diferencia de la antigua falta penal recogida en el art. 634 ya derogado,⁴⁵ donde se mencionaba “*a la autoridad o sus agentes*”.⁴⁶ Por ello, en el caso de las faltas de respeto o consideración debida frente a los agentes de la autoridad será aplicable tan sólo la infracción administrativa, salvo que por la gravedad del comportamiento pueda calificarse éste como amenaza leve o atentado, en su caso.⁴⁷

A pesar de todo lo anterior, tan solo en el año 2015, se impusieron 6113 sanciones con causa en este artículo 37 LOPSC, lo que arroja el número aproximado de 34 sanciones por día.⁴⁸ Número sólo superado por las infracciones graves relativas a drogas.⁴⁹

Por otra parte, debe destacarse algo que de otro modo podría pasar desapercibido: si se pone en relación el art. 52 LOPSC⁵⁰ con el art. 37.4 de la misma Ley, salta a la vista que la misma presunta víctima de los hechos (es decir, el miembro del Cuerpo o Fuerza de Seguridad del Estado), tiene el poder de que su

³⁸ Información extraída del anuario estadístico del ministerio del interior. Disponible en <http://www.interior.gob.es/documents/642317/1204854/Anuario_estadistico_2015_126150729.pdf/da61515a-9cd8-4cb4-bdd9-a17f3d3d7b20>. Consulta: 07/09/2016.

³⁹ Art. 36.6 LOPSC: “*La desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, cuando no sean constitutivas de delito, así como la negativa a identificarse (...)*”.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Vid. sobre este particular, Peris Riera, “Capítulo trigésimo primero. Delitos contra el orden público y contra la comunidad internacional”, en Morillas Cueva (Dir.), Estudios sobre el Código Penal reformado. Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, Dykinson, Madrid, 2015, p. 881.

⁴² Art. 634 CP (derogado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal): “*(...) o los desobedecieren levemente, cuando ejerzan sus funciones, serán castigados con la pena de multa de diez a sesenta días*”.

⁴³ Art. 37.4 de la LOPSC.

⁴⁴ Art. 556. 2 CP: “*Los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de multa de uno a tres meses*”.

⁴⁵ Así, esta conducta pasa de estar castigada con una multa de diez a sesenta días a estarlo con una mayor (pena de multa de 1 a 3 meses, a tenor del art. 556.2 CP), como delito leve, lo que supone una muestra más de la falacia en que se ha convertido la supuesta destipificación de las faltas. Esto mismo expresa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 167/2015, de 10 de septiembre. También, PERIS RIERA, “Capítulo trigésimo primero...”, op. cit., p. 881.

⁴⁶ Art. 634 CP (derogado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: “*Los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes, (...), cuando ejerzan sus funciones, serán castigados con la pena de multa de diez a sesenta días*”.

⁴⁷ Este razonamiento se plantea en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 358/2015, de 10 de septiembre.

⁴⁸ Cifra calculada teniendo en cuenta que la ley entraba en vigor el 1 de julio de 2015, con base a meses de 30 días.

⁴⁹ Información extraída del Anuario estadístico del Ministerio del interior. Disponible en <http://www.interior.gob.es/documents/642317/1204854/Anuario_estadistico_2015_126150729.pdf/da61515a-9cd8-4cb4-bdd9-a17f3d3d7b20>. Consulta: 07/09/2016.

⁵⁰ Art. 52 LOPSC: “*En los procedimientos sancionadores que se instruyan en las materias objeto de esta Ley, las denuncias, atestados o actas formulados por los agentes de la autoridad en ejercicio de sus funciones que hubiesen presenciado los hechos, previa ratificación*

testimonio sea base suficiente para adoptar la resolución sancionadora, pues se le otorga presunción de veracidad en el procedimiento administrativo.

Por su lado, el art. 37.5 LOPSC regula como infracción la “realización o incitación a la realización de actos que atenten contra la libertad e indemnidad sexual, o ejecutar actos de exhibición obscena cuando no constituya infracción penal”. Como puede comprobarse, se sanciona con la misma gravedad hechos que atentan efectivamente contra la libertad o indemnidad sexual que los meros actos de exhibición obscena (sobre los cuales hay que recordar que si no son constituyentes de delito es porque no se han hecho frente a menores o incapacitados), lo que puede suponer un caso de arbitrariedad sancionadora. Por otra parte, resulta bastante complejo discernir qué tipo de bien jurídico se salvaguarda en estos casos de exhibición obscena (recuérdese, frente a una persona plenamente capaz y mayor de edad) y la relación de este posible bien jurídico con la seguridad ciudadana.

Como señala Demetrio Crespo, “la cuestión clave radica pues en la desmaterialización del concepto de bien jurídico: la función de los bienes jurídicos es la delimitación de la intervención penal”.⁵¹ Es más, parece que esta sanción está buscando reprimir protestas donde se utiliza la desnudez con el fin de llamar la atención: así ha sido utilizado como reclamo en protestas contra la reforma del aborto (también proyectada en la anterior legislatura y posteriormente frustrada), asociaciones animalistas o plataformas feministas como FEMEN.⁵² Y en este contexto, ya el Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) apuntó que difícilmente puede entenderse que estos comportamientos comprometan la seguridad pública.⁵³

En el mismo precepto se tipifica la ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos contra la voluntad de su propietario, o de la vía pública, fuera de los casos permitidos por la ley o contra la decisión adoptada en aplicación de aquélla por la autoridad competente (...).⁵⁴ Esta infracción parece apuntar hacia un determinado objetivo: las ocupaciones de, por ejemplo, sedes bancarias como forma de protesta social. Parece, dada la redacción del precepto, que no se protege la seguridad ciudadana,⁵⁵ pues no se exige que se afecte a la actividad desarrollada en el espacio que se ocupe, ni que se realice de forma prolongada en el tiempo. Por otra parte, conviene plantearse hasta qué punto resulta necesario un “permiso legal” para poder ocupar un espacio público. Como tantas veces ha reiterado el TC, “en una sociedad democrática el espacio urbano no es sólo un ámbito de circulación, sino también un ámbito de participación”.⁵⁶ El mismo TC ha afirmado que el derecho de reunión “suele producir trastornos y restricciones en la circulación de personas y de vehículos que se ven impedidos de circular libremente por el lugar en el que se celebra la reunión” y que por tanto “para poder prohibir la concentración deberá producirse la obstrucción total de vías de circulación que, por el volumen de tráfico que soportan y por las características de la zona provoquen colapsos circulatorios en los que, durante un período de tiempo prolongado, queden inmovilizados vehículos y se impida el acceso a determinadas zonas o barrios de la ciudad por imposibilidad de que la autoridad gubernativa habilite vías alternativas de circulación”.⁵⁷ Además, toda decisión de las autoridades relativa al derecho de reunión debe estar presidida por una presunción favorable a su ejercicio, en aplicación

en el caso de haber sido negados por los denunciados, constituirán base suficiente para adoptar la resolución que proceda, salvo prueba en contrario y sin perjuicio de que aquéllos deban aportar al expediente todos los elementos probatorios disponibles.”

⁵¹ Demetrio Crespo, E. “El Derecho penal del enemigo, darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado ‘Derecho penal del enemigo’ y la idea de seguridad” en Cancio Meliá y Gómez Jara (coord.), *Derecho penal del enemigo: el discurso de la exclusión*, vol. 1, 2006, pp. 473 y ss.

⁵² Algún autor ya ha resaltado la cantidad de cláusulas que parecen haber sido redactadas *ad hoc*: FEMEN, en este caso, Greenpeace o la Plataforma Stop Desahucios parece que gozan de preceptos inspirados en ellos. Vid. Bilbao Ubillos, “La llamada ley mordaza...”, op. cit., p. 243.

⁵³ Informe al Anteproyecto de LOPSC elaborado por el CGPJ, de 27 de marzo de 2014, p. 58. A pesar de ello, en el último año se han impuesto 149 sanciones por este motivo. Información extraída del anuario estadístico del ministerio del interior. Disponible en <http://www.interior.gob.es/documents/642317/1204854/Anuario_estadistico_2015_126150729.pdf/da61515a-9cd8-4cb4-bdd9-a17f3d3d7b20>. Consulta: 07/09/2016.

⁵⁴ Art. 37.7 de la LOPSC.

⁵⁵ De la misma reflexión, Bilbao Ubillos, “La llamada ley mordaza...”, op. cit., p. 254.

⁵⁶ STC 301/2006, de 26 de octubre de 2006; fundamento jurídico 2º. Por su parte, Bilbao Ubillos considera que la redacción de la ley propicia que el espacio público abandone su *status* de lugar de interacción de los ciudadanos para convertirse en un lugar donde sólo pueda hacerse lo que la ley autoriza. Bilbao Ubillos, “La llamada ley mordaza...”, op. cit., p. 229. Vid. también, Terradillos, Boza, Seguridad del Estado y represión..., op. cit., p. 310.

⁵⁷ STC 66/1995, de 8 de mayo, fundamento jurídico 3º. Sobre los problemas con la afectación de espacios públicos, Goig Martínez, “El molesto derecho...”, op. cit., pp. 380 y ss.

Seguridad y orden público: un nuevo panorama en el Derecho sancionador español

del principio *favor libertatis*. Lo que significa que la interferencia de las autoridades ha de ser la mínima imprescindible para proteger los derechos en conflicto, debiéndose optar siempre y en la medida de lo posible por permitir y facilitar el ejercicio de la libertad de reunión.⁵⁸ A pesar de ello, esta infracción ha supuesto 392 infracciones en el año 2015.⁵⁹

Con respecto a las circunstancias agravantes, en la redacción final de la Ley ha quedado establecida como tal “la ejecución de los hechos usando cualquier tipo de prenda u objeto que cubra el rostro, impidiendo o dificultando la identificación”.⁶⁰ Parece que la introducción de esta circunstancia ha sido el resultado de hacer desaparecer la infracción de “participar en alteraciones de la seguridad ciudadana usando capucha, casco o cualquier otro tipo de prenda u objeto que cubra el rostro, impidiendo o dificultando la identificación”, que aparecía en el art. 35.2 del Anteproyecto de Ley para la Protección de la Seguridad Ciudadana.

Si el objetivo perseguido es el de garantizar la seguridad ciudadana, la redacción debió incorporar la intencionalidad en el uso de las prendas u objetos. Es decir, que éstas se porten con la intención de dificultar o impedir la identificación del autor de un comportamiento que efectivamente afecte de forma negativa a la seguridad ciudadana. Sin embargo, la infracción se basa en elementos puramente objetivos, ayunos de lesividad, y con ello permite un margen de discrecionalidad amplio. Y el exceso de discrecionalidad da lugar a la arbitrariedad, prohibida por la CE en su art. 103.

Esta agravante se relaciona con el art. 16 LOPSC, que permite a la policía realizar identificaciones preventivas en los siguientes términos: “1. En el cumplimiento de sus funciones de prevención delictiva y de infracciones administrativas, los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir la identificación de las personas en los siguientes supues-

tos: (...) b) Cuando, en atención a las circunstancias concurrentes, se considere razonablemente necesario que acrediten su identidad para prevenir la comisión de una infracción. En estos supuestos, los agentes podrán realizar las comprobaciones necesarias en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, incluida la identificación de las personas que lleven el rostro embozado, cuando fuere preciso a los efectos indicados”. Dado que en este artículo se da la potestad a la autoridad para identificar, resulta obvio que al ciudadano le es exigible mostrar el rostro cuando a tal efecto sea requerido, de modo que el art. 33.2c) LOPSC parece introducido para agravar una infracción gracias a una mera sospecha.⁶¹

Con lo anterior pueden verse además agravadas las infracciones que se cometan por ejercer la libertad de expresión haciendo uso de elementos simbólicos, que se utilizan comúnmente en las concentraciones y que forman parte del mensaje reivindicativo.⁶² Afectando, por ejemplo, a quienes acudan a una concentración llevando mascarillas blancas en protesta por las actividades contaminantes de una empresa.

3.3. Sujetos responsables

El apartado 3 del art. 30 de la LOPSC, declara que “a los efectos de esta Ley se considerarán organizadores o promotores de las reuniones en lugares de tránsito público o manifestaciones las personas físicas o jurídicas que hayan suscrito la preceptiva comunicación”. Se entiende que esta comunicación es la referida en el art. 8 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, que establece que la celebración de reuniones en lugares de tránsito público y de manifestaciones deberán ser comunicadas por escrito a la autoridad gubernativa por los organizadores o promotores de aquéllas.

Con el castigo de los “organizadores o promotores” se está mermando la iniciativa de asociaciones,

⁵⁸ STC 193/2011, de 12 de diciembre, fundamento jurídico 2º.

⁵⁹ Información extraída del anuario estadístico del ministerio del interior. Disponible en <http://www.interior.gob.es/documents/642317/1204854/Anuario_estadistico_2015_126150729.pdf/da61515a-9cd8-4cb4-bdd9-a17f3d3d7b20>. Consulta: 07/09/2016.

⁶⁰ Art. 33.2c) de la LOPSC.

⁶¹ El CGPJ expresó en su informe el descontento al respecto de la posibilidad que otorgaba la ley de ser identificado por el mero hecho de llevar el rostro embozado. Ver análisis en Bilbao Ubillos, “La llamada ley mordaza...”, op. cit., p. 230.

⁶² Goicochea García, “Análisis del Anteproyecto de Ley de Seguridad Ciudadana: Restricción de los derechos a la libertad de expresión y manifestación pacífica”, Series Análisis Jurídicos-Seguridad y Derechos Humanos, Rights International Spain, núm. 1, marzo 2014, *Vid.*, también, Comité de Derechos Humanos, Comentario General núm. 34 al artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuyo párrafo 11 se precisa que las prendas de vestir son una forma legítima de ejercicio de la libertad de expresión, junto con otros soportes como libros, periódicos, folletos, carteles, pancartas, etc. Doc. ONU CCPR/C/GC/34, de 12 de septiembre de 2011.

sindicatos, organizaciones no gubernamentales y de meras personas individuales, de convocar a determinados actos que implican el ejercicio de un derecho. Un derecho fundamental tan básico como es, o debiera ser en un Estado social y democrático de Derecho, la libre expresión de la propia opinión a través de manifestaciones o reuniones en público.⁶³

Además, no tiene sentido castigar a alguien por los hechos de otro, cuando estos últimos no los han cometido bajo inducción, violencia, intimidación o engaño de los primeros.

Por su parte, el artículo 30.3 de la LOPSC termina estableciendo: “*Asimismo, aun no habiendo suscrito o presentado la comunicación, también se considerarán organizadores o promotores quienes de hecho las presidan, dirijan o ejerzan actos semejantes o quienes por publicaciones o declaraciones de convocatoria de las mismas, por las manifestaciones orales o escritas que en ellas se difundan, por los lemas, banderas u otros signos que ostenten o por cualesquiera otros hechos pueda determinarse razonablemente que son directores de aquellas*”. Este precepto plantea cuestiones difíciles de resolver en torno a la posibilidad de señalar inequívocamente a alguien como el “director” de una manifestación, si es que fuera posible establecer una jerarquía u orden dentro de este tipo de actos de expresión pública. No parece descabellado afirmar que se trata de un precepto demasiado abierto, indeterminado y que puede provocar excesos y arbitrariedades en su aplicación efectiva. Por otra parte, hay que recordar que la responsabilidad en el ámbito sancionador debe demostrarse y no ser deducida a través de indicios.⁶⁴

De acuerdo con la opinión internacional, en materia sancionadora ha de regir siempre el principio de responsabilidad individual.⁶⁵ Esto se traduce en que sólo puede sancionarse a un individuo por sus pro-

pios actos, pero no por los cometidos por terceros, aun cuando tales actos hayan tenido lugar durante una concentración convocada u organizada por el primero. Así, las Líneas Directrices sobre la libertad de reunión pacífica de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) son muy claras a este respecto, y señalan que “*los organizadores no deben ser considerados responsables por actos de los participantes o de terceros o por conductas ilícitas que los organizadores no provocaran o en las que no hayan participado directamente. Hacerles responsables de cualquier acontecimiento sería manifiestamente desproporcionado, porque implicaría responsabilizarles de actos de terceros (incluyendo los agentes provocadores) que ellos no hubieran podido prever*”.⁶⁶

Lo anterior permite afirmar que el art. 30.3 de la LOPSC contraviene claramente algunas de las obligaciones internacionales que España ha asumido. De este modo, si bien es cierto que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del que nuestro país es parte, incluye la seguridad ciudadana entre los motivos legítimos por los cuales los Estados pueden restringir el ejercicio de derechos humanos,⁶⁷ también lo es que en 1985 se elaboraron los Principios de Siracusa con el fin de aclarar los límites de esas restricciones, evitando las que resultaran excesivas. Estos Principios definen la seguridad ciudadana como “*los medios de protección contra los peligros para la seguridad de las personas, sus vidas o integridad física o los daños graves a su propiedad*”, y precisan que “*no puede usarse para imponer limitaciones vagas o arbitrarias*”.⁶⁸ Y hay que recordar que, como se prevé en el art. 10.2 CE los derechos fundamentales han de interpretarse de acuerdo con los textos internacionales suscritos por España.

Es cierto que en nuestro ordenamiento administrativo existen supuestos de responsabilidad solidaria,

⁶³ Bilbao Urillos señala la incidencia que tal regulación va a tener en orden a desalentar el libre ejercicio de derechos fundamentales. Vid. Bilbao Urillos, “La llamada ley mordaza...”, op. cit., p. 239.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Véase el Informe del Relator especial de Naciones Unidas para el derecho a la libertad de reunión y a la libertad de asociación al Consejo de Derechos Humanos, Doc. ONU A/HRC/23/39, de 24 abril de 2013, párr. 78.

⁶⁶ *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly, OSCE-ODIHR y Venice Commission*, segunda edición, 2010, párr. 112. “*Organizers of assemblies should not be held liable for the failure to perform their responsibilities if they have made reasonable efforts to do so. Furthermore, organizers should not be held liable for the actions of participants or third parties, or for unlawful conduct that the organizers did not intend or directly participate in. Holding the organizers of an event liable would be a manifestly disproportionate response, since this would imply that organizers are imputed to have responsibility for acts by other individuals (including possible agents provocateurs) that could not have been reasonably foreseen*”.

⁶⁷ Vid. por ejemplo el art. 21 del Pacto.

⁶⁸ Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Doc. E/CN.4/1985/4 (1985).

Seguridad y orden público: un nuevo panorama en el Derecho sancionador español

que son admitidos por el Tribunal Constitucional. No obstante, se precisó en la STC 76/1990, de 26 de abril, que la “*responsabilidad solidaria debe estar vinculada con la participación o la colaboración efectiva en la realización del comportamiento infractor. En ausencia de tal conexión, se estaría configurando un sistema de responsabilidad objetiva en el ámbito administrativo que, éste sí, es incompatible con el principio de legalidad previsto en la Constitución*”.⁶⁹

Por último hay que añadir algo más, y es que la nueva LRJSP exige la existencia de dolo o culpa para entender responsable a los infractores⁷⁰, en contraposición con la antigua Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyo art. 130.1 afirmaba que la “simple inobservancia” podía servir de base a la responsabilidad administrativa. Este nuevo matiz introducido por la LRJSP colisiona de frente con esta disposición de la LOPSC. Y además, habrá de tenerse en cuenta que incluso bajo la regulación de 1992, el Tribunal Supremo ya aseveraba que esa “simple inobservancia” “no puede ser entendida como la admisión en el Derecho administrativo sancionador de la responsabilidad objetiva, pues la jurisprudencia mayoritaria de nuestro Tribunal Supremo (...) y la doctrina del Tribunal Constitucional (...), destacan que el principio de culpabilidad, aún sin reconocimiento explícito en la Constitución, se infiere de los principios de legalidad y prohibición de exceso (art. 25.1 CE) o de las exigencias inherentes a un Estado de Derecho, y requieren la existencia de dolo o culpa”.⁷¹

Es por todo ello que el art. 30.3 LOPSC no respeta estas limitaciones a la responsabilidad objetiva,

puesto que no se exige la existencia de una auténtica participación o colaboración en los actos por parte de los sujetos que se enumeran y que podrían ser considerados responsables solidarios, como bien remarcaba el CGPJ.⁷²

Esta responsabilidad que se exige a terceros y que parece destinada a desalentar a colectivos a hacer llamadas a la ciudadanía para movilizarse no aparece sólo en la LOPSC.⁷³ El nuevo art. 559 CP⁷⁴ castiga la incitación pública a la comisión del delito agravado de desórdenes públicos, precepto que camina en paralelo con el también reformado art. 579 CP,⁷⁵ que sanciona una conducta similar relativa al terrorismo. Se tipifican en dicho art. 559 CP dos conductas diferentes: la incitación y el reforzamiento a la comisión de desórdenes públicos. Este tipo ha suscitado el rechazo del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, que en su Informe de 2013 señalaba que “*la vaguedad de esta disposición podría conducir de hecho a que se sancionen las declaraciones y opiniones expresadas antes de los disturbios públicos, lo cual sería incompatible con las normas internacionales sobre la libertad de expresión y con la jurisprudencia del TEDH*”.⁷⁶

Un sector doctrinal⁷⁷ ha destacado que el tenor literal del precepto no exige que la incitación sea directa, de manera que se aproxima a la apología. Ésta se encuentra recogida en el segundo párrafo del art. 18.1 CP, que la define como “*la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor*”. Con ello se adelanta notablemente la barrera de intervención penal, pues los actos preparatorios relacionados con esta conducta no eran castigados bajo la

⁶⁹ Goicochea García, “Análisis del Anteproyecto...”, op. cit.

⁷⁰ Lo cual no es más que el reflejo de las exigencias que venían siendo interpretadas por la jurisprudencia y la propia Administración Pública (vid. p. ej., Sentencia Tribunal Supremo, de 31 de octubre de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª; Fundamento jurídico 2º).

⁷¹ Sentencia Tribunal Supremo, de 31 de octubre de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª; Fundamento jurídico 2º.

⁷² Informe al Anteproyecto de LOPSC elaborado por el CGPJ, de 27 de marzo de 2014, p. 105. Vid. también, Terradillos, Boza, Seguridad del Estado y represión..., op. cit., p. 322.

⁷³ Vid. sobre el efecto desalentador y el TEDH: Terradillos, Boza, Seguridad del Estado y represión..., op. cit., p. 321.

⁷⁴ Art. 559 CP: “*La distribución o difusión pública, a través de cualquier medio, de mensajes o consignas que inciten a la comisión de alguno de los delitos de alteración del orden público del artículo 557 bis del Código Penal, o que sirvan para reforzar la decisión de llevarlos a cabo, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año*”.

⁷⁵ Art. 579, apartados 1 y 2 CP: “*1. Será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista para el delito de que se trate el que, por cualquier medio, difunda públicamente mensajes o consignas que tengan como finalidad o que, por su contenido, sean idóneos para incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos de este Capítulo. 2. La misma pena se impondrá al que, públicamente o ante una concurrencia de personas, incite a otros a la comisión de alguno de los delitos de este Capítulo, así como a quien solicite a otra persona que los cometa*”.

⁷⁶ Vid. CommDH (2013) 18, Estrasburgo, 9 de octubre de 2013, p. 40-41.

⁷⁷ Alonso Rimo, “Desórdenes públicos II”, en González Cussac, J. L. (dir.), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1302.

anterior regulación. Además, teniendo en cuenta el art. 557.2, se sanciona también a quienes no ya inciten, sino refuercen la disposición de otros a llevar a cabo desórdenes públicos. Así, sería válido cualquier refuerzo moral, aunque no sean idóneos para crear esa idea delictiva, sino simplemente fortalecer la voluntad del que ya estaba dispuesto a realizar el hecho típico. Y todo ello sin ser necesaria la efectiva realización posterior de los desórdenes públicos.

En este sentido, es preciso remarcar que el Comité de Derechos Humanos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en su Observación General nº 34⁷⁸ al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha recordado que es incompatible con el Pacto “*calificar de delito la expresión de una opinión. El acoso, la intimidación o la estigmatización de una persona, incluida su detención, prisión preventiva, enjuiciamiento o reclusión, en razón de sus opiniones, constituyen una infracción del párrafo 1 del art. 19*”. Por otra parte, según la interpretación del TEDH, la libertad de expresión no se limita a las informaciones o ideas que son acogidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino que se extiende también a las que chocan o inquietan al Estado o a un segmento de la población, con base en el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura que son inherentes a toda sociedad democrática.⁷⁹

4. Conclusiones

Parece claro que la LOPSC no surge para mejorar la protección de la seguridad ciudadana sino como una

norma que se erige en arma del poder contra las voces discrepantes,⁸⁰ en la línea que ya establecía la denominada “Ley Corcuera”. Constituye un clamoroso recorte a las libertades de expresión, reunión y manifestación, cuyo objetivo es acallar las diversas formas de protesta que han ido surgiendo en los últimos tiempos a través de la sanción.

En este sentido, la entonces delegada del Gobierno en Madrid, Cristina Cifuentes, daba voz al pensamiento del poder gubernativo, al afirmar: “*No puede ser que en un mismo día en Madrid haya diez manifestaciones en la misma zona*”.⁸¹ Con ello pareciera que se trata de poner unos límites “cuantitativos” al ejercicio del derecho de manifestación, al entender que la ciudadanía ha ejercido demasiado este derecho fundamental.⁸² La razón de la represión, en definitiva, no radicaría en la concurrencia de riesgos para la seguridad de personas o bienes, sino en la naturaleza “molesta” de las manifestaciones. Este Derecho sancionador basado en meras consideraciones de cuánto es “demasiado” se justificaría, en palabras de la Delegada, en el “poder circular con tranquilidad”, de modo que a partir de ahora, la comodidad será un valor superior a la participación democrática.⁸³ Al respecto se ha de recordar, de nuevo, que la seguridad ciudadana debe referirse a la ausencia de riesgos ciertos y graves para la vida e integridad física, así como la protección contra daños. Así que en ningún caso puede entenderse la tranquilidad como una situación en la que no se oigan voces discrepantes, en la que las calles y plazas no sean más que un espacio de tránsito o en el que únicamente puedan llevarse a cabo actividades comerciales.⁸⁴

⁷⁸ Comité de Derechos Humanos, Observación General nº 34 que reemplaza la Observación General nº 10 en relación con el art. 19 sobre libertad de opinión, libertad de expresión y acceso a la información, Doc. CCPR/C/GC/34, de 12 de septiembre de 2011.

⁷⁹ Sentencia del TEDH en el asunto *Handyside v. United Kingdom*, Demanda nº 5493/72, de 7 de diciembre de 1976, párr. 49. “*The Court’s supervisory functions oblige it to pay the utmost attention to the principles characterising a “democratic society”. Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Subject to paragraph 2 of Article 10 (art. 10-2), it is applicable not only to “information” or “ideas” that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no “democratic society”. This means, amongst other things, that every “formality”, “condition”, “restriction” or “penalty” imposed in this sphere must be proportionate to the legitimate aim pursued*”.

⁸⁰ De la misma opinión, Bilbao Ubillos, “La llamada ley mordaza...”, op. cit., p. 223.

⁸¹ *Vid.* <<http://www.europapress.es/nacional/noticia-cifuentes-pide-modular-derecho-manifestacion-20121002113803.html>> Consulta 07.09.2016.

⁸² “Aunque ello (el ejercicio de los derechos de reunión y manifestación) signifique alteración de actividades y espacios ajenos. La alteración del orden público propio del Estado democrático no la produce el ejercicio de derechos, sino su obstaculización”, Terradillos, Boza, Seguridad del Estado y represión..., op. cit., p. 311.

⁸³ Sobre la convocatoria reiterada de manifestaciones, Goig Martínez, “El molesto derecho...”, op. cit., pp. 383 y ss. “De este modo, solamente si la reiteración en el ejercicio del derecho fundamental provoca estos problemas de orden público, como puede suceder si se pretende la ocupación indefinida o excesivamente prolongada en el tiempo de un espacio de una manera que se ponga en peligro los bienes y derechos que a las autoridades corresponde proteger, es admisible la medida de la prohibición (STC 66/1995, de 8 de mayo)”.

⁸⁴ Véase el Informe del Relator Especial de Naciones Unidas para el derecho a la libertad de reunión y a la libertad de asociación al Consejo de Derechos Humanos, Doc. ONU A/HRC/23/39, de 24 abril de 2013, párr. 51.

Seguridad y orden público: un nuevo panorama en el Derecho sancionador español

La cuestión de este supuesto “ejercicio excesivo de un derecho fundamental” se ha abordado en una reciente sentencia del TC, en la que el Alto Tribunal ha afirmado que la mera reiteración del ejercicio no es causa para restringir ni prohibir las reuniones ni manifestaciones, aun cuando se entienda que el mensaje ya ha sido suficientemente transmitido a la sociedad.⁸⁵

Por otro lado, se ha afirmado durante los últimos tiempos, y así aparece recogido en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que la despenalización de las faltas y su conversión en infracciones administrativas respondería mejor al principio de *ultima ratio* del Derecho penal, como limitador del *ius puniendi*, moderando en consecuencia la severidad de las sanciones a imponer. Sin embargo, no es eso lo que ha ocurrido, habida cuenta de que en la redacción del CP de 1995, la sanción máxima diaria sería de 400€ durante un máximo de 2 años, según lo establecido en el art. 50.4 del Título III del CP, lo que haría un montante total de 288.000€. El máximo de sanción disponible en la LOPSC, según su art. 39, es de 600.000€.

A todo lo anterior se añade el hecho de que el procedimiento administrativo sancionador permite retrasar, cuando no obviar, la intervención del juez. Mientras que en el ámbito penal el órgano juzgador interviene aun tratándose de delitos leves, en el proceso administrativo habrá de agotarse la vía administrativa antes de poder acudir a un recurso jurisdiccional. De este modo, el control judicial de la aplicación de la LOPSC queda en un segundo plano, ya que frente a estas sanciones deberá interponerse un recurso de alzada y, sólo una vez agotada la vía administrativa, podrá acudirse al orden contencioso-administrativo, que será la primera vez en la que un juez intervenga en el procedimiento. Con los recursos contenciosos-administrativos, además, se plantea el obstáculo de la necesidad de represen-

tación mediante abogado,⁸⁶ a lo que se añade con demasiada frecuencia otros inconvenientes típicos de la vía administrativa, como los defectos de procedimiento, las respuestas genéricas a las alegaciones, la falta de motivación en la resolución, etc.⁸⁷ La despenalización de las faltas para su conversión en infracciones administrativas no produce más que una reducción de las garantías jurisdiccionales sobre las que descansa el proceso penal y, como se ha podido comprobar a lo largo del texto, esta ley se halla en frecuente aplicación.

Como se sabe, no es la primera vez que desde Europa llaman la atención a nuestro Estado por el contenido de una ley.⁸⁸ En este caso, y tras la difusión pública del Anteproyecto de LOPSC, ya se pronunció el Consejo de Europa, considerando que la denominada “Ley Fernández” era “desproporcionada”. Las opiniones fueron vertidas por el Comisario de Derechos Humanos Nils Muiznieks, manifestando su “seria preocupación” por el impacto que podría tener la nueva ley en los derechos fundamentales de los españoles, tachándola de desequilibrada e innecesaria en una sociedad democrática, y contraria al principio de seguridad jurídica. Muiznieks anunció su intención de seguir “muy de cerca” la evolución de esta ley en el Parlamento español, pues la libertad de expresar “el desacuerdo con las medidas de un Gobierno” debe ser respetada y protegida por la justicia.⁸⁹

Además, durante el segundo Examen Periódico Universal de la ONU a España, en enero de 2015, más de veinte países expresaron su preocupación de que la LOPSC restringiera indebidamente las libertades de manifestación pacífica y de reunión. Así, uno de los Relatores de la ONU reiteró esta preocupación de que la Ley pueda ser utilizada para limitar de manera indebida derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos que se consideran esenciales en una sociedad abierta y democrática. El 23 de febrero de 2015, este Relator junto con un grupo de expertos en derechos humanos de la ONU, exhortó a España a frenar estas

⁸⁵ STC 24/2015, de 16 de febrero.

⁸⁶ Maroto Calatayud, “Ciudades de excepción: seguridad ciudadana y civismo como instrumentos de burorrepresión de la protesta” en Oliver Olmo, P. (coord.), *Burorrepresión. Sanción administrativa y control social*, Bomarzo, Albacete, 2013, p. 59

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Así, Peris Riera, “Capítulo trigésimo primero...”, op. cit., p. 875: “Estimamos conveniente hacer referencia a la nueva concepción de orden público, como bien jurídico protegido, que se presenta como primicia en la España del siglo XXI, bajo la denominación de seguridad ciudadana, y que ha recibido críticas de organismos internacionales como el Consejo de Europa y la propia ONU”.

⁸⁹ <<http://www.lavanguardia.com/politica/20131203/54395147593/consejo-europa-muy-problematica-ley-seguridad-ciudadana.html>> Consulta 07/09/2016.

reformas legales que “amenazan con violar derechos y libertades fundamentales de los individuos”.⁹⁰

También ciertas Organizaciones de Derechos Humanos han manifestado su repulsa a la Ley, como *Human Rights Watch*,⁹¹ la Asociación para la Cooperación en el Sur, la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA) y de España (APDHE), la *Euro-Mediterranean Human Rights Network (EMHRN)*, la *European Association for the Defence of Human Rights (AEDH)*, la Federación de Asociaciones de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), el *Institut de Drets Humans de Catalunya (IDHC)*, el *SODEPAU - Solidaritat, Desenvolupament i Pau*, la *World Organisation Against Torture (OMCT)*⁹², Amnistía Internacional⁹³ e Intermón Oxfam.

Para terminar es necesario llamar la atención al respecto de la posible caracterización de las últimas reformas de 2015 en materia de orden público y seguridad ciudadana como una muestra más de la entrada Derecho penal del enemigo en nuestro ordenamiento jurídico.⁹⁴ Así, se han añadido varios preceptos penales que adelantan las barreras sancionadoras, como la incitación al delito de desórdenes públicos o el régimen de sujetos responsables de la LOPSC, y la destipificación penal de las faltas para su conversión en infracciones administrativas, que ha generado sanciones económicas más altas (que pueden imponerse sin necesidad de intervención judicial). Al respecto de la LOPSC, el CGPJ señalaba que: “El Anteproyecto sigue la línea marcada por el Proyecto de reforma del Código Penal, situándose en lo que se ha venido a llamar 'Derecho penal de la peligrosidad'. Desde los axiomas de este derecho, la seguridad se convierte en una categoría prioritaria en la política criminal, como un bien que el Estado y los

poderes públicos han de defender con todos los medios e instrumentos a su alcance”.⁹⁵

Esta distinción entre hombres “buenos” y “malos”, ciudadanos y enemigos, resulta claramente incompatible con la dignidad humana,⁹⁶ pues pretende “despojar de la categoría de ciudadanos a determinados sujetos, que deben ser tratados como meras 'fuentes de peligro', a quienes hay que neutralizar a cualquier precio, como si fueran animales salvajes”. Y conduce además a la transformación del Derecho penal del hecho en un Derecho penal de autor. A esta concepción del ordenamiento punitivo debe oponerse una concepción humanitarista del Derecho penal y del Derecho sancionador en general, que parta del individuo y su inalienable dignidad humana, la cual es ampliamente reconocida por textos legales universales. Una ley penal (y sancionadora en general) adecuada ha de partir de fundamentos constitucionales esenciales, como son la libertad de la persona y la propia dignidad humana.

Habida cuenta de lo anterior, parece indudable que se está desarmando todo el entramado que conforma el Derecho penal garantista y humanitario. Cabe entonces preguntarse si éste es un precio adecuado a pagar a cambio de la “seguridad”. La respuesta es clara: la “inseguridad” que se elimina con esta serie de reformas legales se transforma automáticamente en inseguridad jurídica, a través de la inconcreción de los tipos penales, la indefinición de bienes jurídicos a proteger y, en general, la reducción de garantías.⁹⁸ Como bien expresa Baratta,⁹⁹ la discriminación de los *excluidos* (los *enemigos* en contraposición a los *ciudadanos*) reduce la seguridad jurídica alimentando más la sensación de inseguridad en la opinión pública. Esta retroalimentación del conjunto -inseguridad-represión-más inseguridad-más

⁹⁰ *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, Michel Forst Addendum Observations on communications transmitted to Governments and replies received. Asamblea General de las Naciones Unidas. Human Rights Council. GE.15-04299 (E)*. También, <<http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15597&LangID=S>> Consulta: 01/05/15.

⁹¹ Cfr. <<http://www.hrw.org/es/news/2015/03/09/espana-debe-desestimar-proyecto-de-seguridad-ciudadana-deficiente>> Consulta: 07/09/16.

⁹² Cfr. <<https://www.fidh.org/es/europa/espana/espana-amordaza-la-libertad-de-expresion-y-de-reunion-y-restringe-el>> Consulta: 07/09/16.

⁹³ Cfr. <<https://www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/valoracion-sobre-la-ley-de-seguridad-ciudadana>> Consulta: 07/09/16.

⁹⁴ De la misma opinión, Bilbao Ubillos, “La llamada ley mordaza...”, op. cit., p. 218

⁹⁵ Informe del CGPJ, Comisión de Estudios e Informes, p.13.

⁹⁶ Ambos, “Derecho penal del enemigo” en Cancio Meliá, Gómez-Jara Díez, *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Vol. 1, Madrid, 2006, p. 151.

⁹⁷ Demetrio Crespo, E. “El Derecho penal del enemigo, darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado ‘Derecho penal del enemigo’ y la idea de seguridad” en Cancio Meliá y Gómez Jara (coord.), *Derecho penal del enemigo: el discurso de la exclusión*, vol. 1, 2006, pp. 473 y ss

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ “Los mecanismos discriminatorios en la administración de los derechos fundamentales a favor de ciudadanos “respetables” y a costa de los excluidos (inmigrantes, parados, indigentes, toxicómanos, opositores del gobierno) condicionan una reducción de la seguridad jurídica que, a su vez, alimenta el sentimiento de inseguridad en la opinión pública”. Baratta, “El concepto actual de seguridad...”, op. cit., p. 19.

Seguridad y orden público: un nuevo panorama en el Derecho sancionador español

represión- parece altamente ineficaz. Aparte de ello, en cualquier Estado podrá haber un nivel mayor o menor de seguridad, pero la *seguridad total* jamás puede ser lograda y mucho menos garantizada. Lo que hay que determinar es el nivel de seguridad compatible con el ejercicio de derechos fundamentales.¹⁰⁰

La cuestión no es, por tanto, optar entre libertad o seguridad, pues éstos no son conceptos excluyentes¹⁰¹, sino que hay que hacer posible el ejercicio de los derechos fundamentales, sobre una base de seguridad, pública, ciudadana y, sobre todo, jurídica.

Bibliografía

Alonso Rimo, A., “Desórdenes públicos II”, en González Cussac, J. L. (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Ambos, K., “Derecho Penal del Enemigo” en Cancio Meliá, Gómez-Jara Díez, *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Vol. 1, Madrid, 2006.

Baratta, A., “El concepto actual de seguridad en Europa”, *Revista catalana de seguridad pública*, núm. 8, 2001, pp. 17-30.

Bilbao Ubillos, J. M., “La llamada ley mordaza: la Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, 2015.

Comentario General núm. 34 al art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Comité de Derechos Humanos, Doc. ONU CCPR/C/GC/34, de 12 de septiembre de 2011.

Comité de Derechos Humanos (2013) 18, Estrasburgo, 9 de Octubre de 2013. Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/informes/MNPEspania/europa/3_INFORME_NILS_MUIZIEKS.pdf> Consulta: 21.09.16.

Escobar, G., *VII Informe sobre Derechos Humanos, Seguridad Ciudadana*, Federación Iberoamericana de Ombudsmán, Trama Editorial, Madrid, 2011.

Gallego anabitarte, a., “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración”, *Revista de Administración Pública*, núm. 34, 1961.

García Rivas, N., “Delitos de atentado, resistencia y desobediencia” en Quintero Olivares, G., *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Aranzadi, 2015.

Goicochea García, P., “Análisis del Anteproyecto de Ley de Seguridad Ciudadana: restricción de los derechos a la libertad de expresión y manifestación pacífica”, *Series Análisis Jurídicos-Seguridad y Derechos Humanos, Rights International Spain*, núm. 1, marzo 2014.

Goig Martínez, J. M., “El ‘molesto’ derecho de manifestación”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 11, 2012.

Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly, OSCE-ODIHR y Venice Commission, Segunda edición, 2010. Disponible en: <<http://www.osce.org/baku/105947?download=true>> Consulta: 21.09.2016.

Hassemer, W., “El derecho penal del Estado de Derecho en los tiempos del terrorismo”, en Reyna Alfaro, L., Cuaresma Terán, S. (Dir.), *Derecho penal y Estado de Derecho. Reflexiones sobre la tensión entre riesgos y seguridad*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2008.

_____, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana*, elaborado por el CGPJ, de 27 de marzo de 2014.

_____, *Informe del CGPJ*, Comisión de Estudios e Informes. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_por_la_que_se_modifica_la_Ley_Organica_10_1995_de_23_de_noviembre__del_Codigo_Penal> Consulta: 21.09.16.

_____, *Informe del Relator especial de Naciones Unidas para el Derecho a la libertad de reunión y a la libertad de asociación al Consejo de*

¹⁰⁰ Muñoz Conde, *Derecho penal, Parte especial*, 20ª ed., Valencia 2015, p. 84. “Si la balanza se inclina descaradamente y sin ningún tipo de límites a favor de la seguridad cognitiva, la consecuencia inmediata será la paz, pero la paz de los cementerios. Una sociedad en la que la seguridad se convierte en el valor fundamental, es una sociedad paralizada, incapaz de asumir la menor posibilidad de cambio y de progreso, el menor riesgo.”

¹⁰¹ Zaffaroni, *El Derecho penal liberal y sus enemigos*, discurso pronunciado al ser investido como Doctor Honoris Causa por la Universidad Castilla-La Mancha, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla La-Mancha, Toledo, 2004, p. 20. También, Portilla Contreras, *El Derecho penal de la libertad...op. cit.*, p. 22.

- Derechos Humanos*, Doc. ONU A/HRC/23/39, de 24 abril de 2013. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A.HRC.23.39_EN.pdf> Consulta: 21.09.2016.
- Jiménez Díaz, M.J., *Seguridad ciudadana y Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2006.
- Maroto Calatayud, M., “Ciudades de excepción: seguridad ciudadana y civismo como instrumentos de burorrepresión de la protesta” en Oliver Olmo, P. (coord.), *Burorrepresión. Sanción administrativa y control social*, Bomarzo, Albacete, 2013.
- Muñoz Conde, F., *De nuevo sobre el “Derecho Penal del enemigo”*, Hammurabi, 2ª ed., Argentina, 2008.
- Murillo de la Cueva, E. L., Pigem Palmés, M., *Votos particulares al Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana elaborado por el CGPJ*, de 27 de marzo de 2014.
- Núñez Castaño, E., “Las organizaciones y grupos terroristas tras la reforma de la Ley Orgánica 5/2010” en Muñoz Conde, F. (Dir.), *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- Peris Riera, J., Capítulo trigésimo primero. Delitos contra el orden público y contra la comunidad internacional”, en Morillas Cueva (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado. Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*, Dykinson, Madrid, 2015.
- Portilla Contreras, G., *El Derecho penal de la libertad y seguridad (de los derechos)*, Iustel, Madrid, 2012.
- Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Doc. E/ CN.4/1985/4 (1985). Disponible en: <<http://www.derechos.org/nizkor/excep/siracusa84.html>> Consulta: 21.09.16.
- Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, Michel Forst Addendum Observations on communications transmitted to Governments and replies received. Asamblea General de las Naciones Unidas. Human Rights Council*. GE.15-04299 (E).
- Terradillos, J. M., Boza, D., “Seguridad del Estado y represión del ejercicio de libertades públicas (reunión, manifestación) en la perspectiva del cambio constitucional”, *Gaceta Sindical*, núm. 23, 2014.
- Zaffaroni, E.R., *El Derecho penal liberal y sus enemigos, discurso pronunciado al ser investido como Doctor Honoris Causa por la Universidad Castilla-La Mancha*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla La-Mancha, Toledo, 2004.



Los actos preparatorios en el Derecho penal polaco



Blanka Julita Stefańska

Lazarski University (Varsovia)

RESUMEN: El artículo trata sobre los actos preparatorios del delito en el Derecho penal polaco. Presenta los antecedentes de la responsabilidad penal por los actos preparatorios en el Código Penal del 1932 y del 1969 y contiene un análisis de los elementos de los actos preparatorios determinados en el art. 16 del Código Penal del 1997, así como los criterios de su interpretación. El artículo hace mención especial a los actos preparatorios materiales y personales.

PALABRAS CLAVE: Actos preparatorios, adaptar medios, adquirir medios, concertar, delito, hecho antijurídico, punibilidad.

ABSTRACT: This article deals with preliminary crimes in Polish criminal law. Introduces the background of criminal responsibility for preliminary crimes in the Criminal Law of 1932 and 1969 and includes an analysis of the elements that are part of preliminary acts according to article 16 of Criminal Law of 1997; likewise, specifies the criteria for its interpretation. The paper particularly focuses on material and personal preliminary crimes.

KEY WORDS: Preliminary crimes, concert, crime, unlawful act, punishment.

SUMARIO: 1. Introducción. II. Antecedentes de la responsabilidad penal por los actos preparatorios en el Derecho penal polaco III. La naturaleza de los actos preparatorios: 1. Dolo, 2. Creación de condiciones para cometer el delito; 2.1. Las conductas que llevan a crear condiciones para acometer el hecho conducen directamente a la comisión del delito; 2.2. Las actuaciones preparatorias particulares; 2.2.1. Las actuaciones preparatorias personales; 2.2.2. Las actuaciones preparatorias materiales, 3. Otras actuaciones IV. Los actos preparatorios calificados V. Los actos preparatorios v. la tentativa VI. Punibilidad de los actos preparatorios VII. Impunidad del desistimiento voluntario de los actos preparatorios VIII. Conclusiones.

Los actos preparatorios en el Derecho penal polaco

I. Introducción

En el marco del llamado “camino del delito” (*iter criminis*) a la comisión del delito la antecede el dolo, los actos preparatorios y la tentativa. El dolo, de acuerdo con el principio *cogitationis poenam nemo patitur* en Derecho penal polaco no es punible; en cambio la tentativa siempre conlleva la responsabilidad penal. Los actos preparatorios son punibles en casos determinados, dado que el peligro para el bien jurídico tutelado es lejano; es el peligro abstracto al bien jurídico tutelado,¹ por lo tanto, la doctrina a veces denomina los actos preparatorios como “tentativa impune”.²

II. Antecedentes de la responsabilidad penal por los actos preparatorios en el Derecho penal polaco

El Código Penal polaco de 1932³ no regulaba los actos preparatorios como una fase del delito, sólo excepcionalmente tipificaba los actos preparatorios para algunos delitos muy graves como el tipo de delito (*delicta sui generis*), prescribiendo “el que prepare la comisión del delito de” entre otros: el delito de golpe de Estado (art. 96) o bien criminalizaba algunos actos preparatorios como delitos particulares, p. ej. recoger medios con el fin de cometer el crimen de golpe de Estado (art. 98 letra b). La doctrina de aquella época definía los actos preparatorios como acciones no dirigidas directamente para cometer el delito; eran acciones indirectas que tuviesen por objeto posibilitar o facilitar la comisión del delito.⁴

Dichas acciones comprendían: reunir la información, elaborar planes, recoger o adaptar medios, adquirir, producir o guardar herramientas, asegurar la fuga, familiarizarse con el lugar del hecho futuro, determinar la localización de objeto de delito.⁵ En caso de desistir de los actos preparatorios el autor no era impune.

La definición de los actos preparatorios del delito fue formulada por primera vez en el Código Penal

polaco de 1969,⁶ según la cual los actos preparatorios tenían lugar cuando el autor con el fin de cometer el delito adquiría o adaptaba medios, reunía la información o preparaba el plan de actuación o emprendía otras acciones similares que tenían por objeto crear condiciones para llevar el hecho conducente directamente a su comisión, o bien concertaba con otra persona con el fin de ejecutar un delito (art. 14 § 1). La responsabilidad por los actos preparatorios existía sólo en casos previstos por la ley (art. 14 § 2). No se castigaba por los actos preparatorios al que voluntariamente había desistido de ellos, en particular al que había destruido los medios preparados o había evitado su utilización en el futuro (art. 15). El proyecto de este código señalaba que “La introducción de los actos preparatorios en la parte general del proyecto es deseada por, al menos, dos motivos: 1) con una determinación de las acciones preparatorias típicas, como ejemplo, existe una pauta adicional interpretativa a la hora de diferenciar la tentativa (siempre punible) de los actos preparatorios que son punibles siempre que la ley lo disponga expresamente; 2) la regulación de los actos preparatorios en la parte general del código permite eliminar incongruencias existentes en el Código Penal (de 1932) que consisten en que el autor de la tentativa se exime de la responsabilidad en caso del desistimiento voluntario, sin embargo el autor de los actos preparatorios previstos como *delictum sui generis* no se exime de la responsabilidad aunque desistiese de los subsiguientes actos preparatorios y desistiese del dolo para cometer el delito”.⁷

En el Código Penal polaco de 1997⁸ los actos preparatorios quedan regulados de forma similar a lo contemplado en el Código Penal del 1969. El proyecto de este Código enfatiza que “El precepto del nuevo código que regula los actos preparatorios (art. 16 § 1) —aparte de modificaciones de pura redacción y de renuncia a la llamada analogía interna admitida

¹ M. Małecki, *Przygotowanie do przestępstwa. Analiza dogmatycznoprawna*, Varsovia 2016, p. 19.

² E. Krzymuski, *Zasady nauki o usiłowaniu przestępstw*, Varsovia 1884, p. 333.

³ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. Kodeks karny (Dz. U. Nr 60, poz. 571).

⁴ S. Glaser, A. Mogilnicki, *Kodeks karny. Komentarz*, Cracowia 1934, p. 337, J. Jamontt, E. Rappaport, *Kodeks karny 1932 r.* Część szczególna, Varsovia 1932, p. 13, W. Makowski, *Kodeks karny. Komentarz*, Varsovia 1937, p. 119-120, J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Leópolis 1938, p. 122.

⁵ I. Andrejew, L. Lernell, J. Sawicki, *Prawo karne Polski Ludowej, Zarys wykładu części ogólnej*, Varsovia 1950, p. 224, W. Wolter, *Prawo karne. Zarys wykładu systematycznego. Część ogólna*, Varsovia 1947, p. 322.

⁶ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. kodeks karny (Dz. U. Nr 13, poz. 94).

⁷ Projekt kodeksu karnego, Varsovia 1968, pp. 98-99.

⁸ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553), denominado en adelante, el CP.

por el Código Penal de 1969— no tiene modificaciones substanciales”.⁹

Según el art. 16 §1 de este código los actos preparatorios tienen lugar sólo cuando el autor con el fin de cometer hecho delictivo emprende acciones conducentes para acometer el hecho conducente directamente a su comisión, en particular cuando con dicho fin concierta con otra persona, adquiere o adapta medios, reúne la información o prepara el plan de actuación. Los actos preparatorios son punibles sólo en casos previstos por la ley (art. 16 § 2). En el art. 14 § 1 del Código Penal de 1969 el legislador, a la hora de enumerar los actos preparatorios mencionó que podían ser también “otras acciones similares”, o sea acciones similares a las enumeradas en ese precepto. Actualmente, el artículo enumera a modo de ejemplo los actos preparatorios materiales, dejando este catálogo abierto y no los limita a las acciones similares a las enumeradas, lo que amplía el ámbito de su aplicación. Además, antes bastaba con concertar con otra persona la voluntad de cometer conjuntamente el delito en el futuro; ahora el hecho de concertar ha de crear condiciones para acometer el delito, por lo tanto es necesario que la concertación desde el punto de vista objetivo facilite la ejecución del delito. Por lo tanto, la concertación con otra persona ha de abarcar no sólo la toma de decisión de cometer el delito sino que también el pacto sobre el reparto de papeles para ejecutarlo.

III. La naturaleza de los actos preparatorios

Los actos preparatorios —tal como ya se ha mencionado— en el camino del delito constituyen la fase externa más temprana de ejecución; consiste en crear condiciones conducentes a su comisión. Acierta el Tribunal Supremo sosteniendo que “en caso de que en este ‘camino del delito’ el hecho exceda los límites de los actos preparatorios (art. 16 CP), entonces constituye por lo menos la tentativa de cometer este delito”.¹⁰ Los ac-

tos preparatorios se ubican entre la voluntad de ejecutar el delito y la tentativa. Empiezan en el momento en el cual el autor comienza a actuar; estas acciones desde el punto de vista objetivo son visibles¹¹.

Los actos preparatorios consisten de dos elementos: 1) subjetivo, o sea el dolo de cometer el hecho antijurídico que comprende la acción con el fin de cometerlo; 2) objetivo, que comprende acciones para crear condiciones para ejecutar el hecho antijurídico.

1. Dolo

En caso de los actos preparatorios se trata de actuación intencionada; el autor actúa *verba legis* “con el fin de cometer un hecho antijurídico”. Los actos preparatorios requieren dolo. La jurisprudencia con razón señala que “la punibilidad de los actos preparatorios depende de si se realizan con el fin de cometer el hecho antijurídico. Si carecen (o pueden carecer) de un nexo con el delito intencionado, tales actos no son punibles”.¹² La doctrina no ha llegado a un consenso sobre si el dolo del autor ha de comprender las acciones preparatorias, o sea, la faz objetiva de los actos preparatorios, o bien ha de estar constituida por la faz objetiva del tipo antijurídico al cual el autor se está preparando.

Algunos autores consideran que el objetivo que consiste en ejecución del tipo subjetivo de los actos preparatorios ha de estar relacionado con el tipo de lo injusto y no con el tipo objetivo de los actos preparatorios.¹³

Otros sostienen que el autor ha de actuar para ejecutar así los actos preparatorios del delito¹⁴; desde el punto de vista de tipo subjetivo de los actos preparatorios es importante el objetivo que tienen los actos preparatorios subordinados.

Teniendo en cuenta la interpretación literal de la ley, es acertada la primera postura. El art. 16 § 1 del

⁹ Nowe kodeksy karne - 1997z uzasadnieniami, Varsovia 1997, p. 126.

¹⁰ Postanowienie SN z dnia 1 kwietnia 2005 r., IV KK 309/04, OSNKW 2005, Nr 9, poz. 79; wyrok SN z dnia 8 marca 2006 r., IV KK 415/05, OSNwSK 2006, Nr 1, poz. 510.

¹¹ E. Kunze, Przygotowanie przestępstwa w ujęciu polskiego prawa karnego, Poznań 1991, pp. 24- 25.

¹² Wyrok SA w Krakowie z dnia 10 lutego 2010 r., II AKa 266/09, OSN Prok. i Pr. 2010, Nr 9, poz. 21.

¹³ A. Zoll (dir.) (en:) A. Zoll, Kodeks karny. Komentarz, do art. 1- 116 k.k., t. I, Varsovia 2012 p. 282, E. Kunze, Przygotowanie...p. 63, Giezek (dir.), (en:) Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Varsovia 2012, p. 137.; M. Małecki, Przygotowanie...p. 141-142, wyrok SN z dnia 2 kwietnia 2003 r., V KK 311/02, LEX nr 78915, wyrok SA w Krakowie z dnia 10 lutego 2010 r., II AKa 266/09 KZS 2010, nr 3, poz. 35.

¹⁴ A. Wąsek, (en) Kodeks karny. Komentarz, t. I, Gdańsk 2005, p. 236, G. Rejman, Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 8–31 KK. Komentarz, Varsovia 2009, p. 308 M. Królikowski, R. Zawłocki (dir.), R. Zawłocki, (en:) Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1-31, , t. I. Varsovia 2010, p. 607,

Los actos preparatorios en el Derecho penal polaco

CP establece expresadamente que el autor actúa “con el fin de cometer el hecho antijurídico”, lo que demuestra que la intención de acción queda relacionada con el delito que va a cometerse y los actos preparatorios sólo han de crear condiciones para su comisión. El autor actúa con el fin de crear condiciones para cometer el delito y por ello emprende actuaciones determinadas en este precepto. Además, la doctrina acertadamente enfatiza que los actos preparatorios son una fase del tipo injusto y no constituyen un delito *sui generis*.¹⁵ Por lo tanto, no cabe duda alguna que los meros actos preparatorios deben comprenderse en el dolo; la cuestión está en si es suficiente el dolo eventual (*dolus eventualis*). Dado que el impulso de actuación del autor lo constituye la voluntad de cometer un delito concreto, es difícil imaginarse que a la hora de preparar la ejecución del delito realice acciones que no quiere y las que sólo consiente.

2. Creación de condiciones para cometer el delito

El art. 16 § 1 del CP determina las actuaciones comprendidas en los actos preparatorios de dos formas:

- 1) General, *verba legis* las que crean condiciones para acometer el hecho conducente directamente a la comisión del delito;
- 2) Especial, mediante la enumeración de algunas actuaciones, o sea concertación con otra persona, adquisición o adaptación de medios, recolección de la información o preparación del plan de actuación.

2.1. Las conductas que llevan a crear condiciones para cometer el hecho conducen directamente a la comisión del delito

Al emprender acciones para crear condiciones con el fin de cometer el hecho esto conduce directamente a la

comisión del delito; resulta que la naturaleza de dichas acciones consiste en preparar las condiciones para cometerlo. Se trata de crear las condiciones que causen la posibilidad de cometer un hecho antijurídico. Deben de ser las acciones relacionadas con la consecución del objetivo intencionado que no se adecuen al tipo del delito.¹⁶ Ésta es la condición básica de la responsabilidad por los actos preparatorios. En el marco de este requisito surge una duda, si las condiciones han de ser a juicio del autor suficientes para acometer el hecho conducente directamente a la comisión del delito, o sea si sólo él las necesita para cometer el hecho delictivo (faceta subjetiva) o bien se trata de una valoración objetiva (faceta objetiva).

La doctrina por una parte considera que esta valoración tiene carácter subjetivo y es suficiente que según el autor sus actuaciones le facilitan el paso en el futuro a la siguiente fase y no es necesario que la conducta del autor forme parte importante en el nexo causal que conlleva a la comisión del delito. Argumentan su postura alegando que el Código Penal habla de las actuaciones para crear las condiciones y no las actuaciones que las crean.¹⁷ La expresión “para crear condiciones” señala que esta fase tiene rasgos específicos, subjetivos, de los cuales depende el peligro para el bien jurídico tutelado.¹⁸

Existe una postura opuesta que alega la valoración objetiva.¹⁹ Se señala que la actuación que no crea de forma objetiva condiciones para finalizar el delito futuro no está comprendida en los actos preparatorios idóneos y que el Código Penal no prevé la responsabilidad por los actos preparatorios inidóneos.²⁰

Considero que es acertada esta última opinión. Será difícil que uno responda por los actos preparatorios que consisten en actuaciones que no facilitan ni hacen posible la comisión de un hecho delictivo cuando desde el punto de vista objetivo las actuaciones no han sido aptas para ello. Las actuaciones preparatorias sí han de servir de ayuda para pasar a la siguiente fase

¹⁵ R. A. Stefański (dir.), A. Liszewski, (en:) Kodeks karny. Komentarz, Varsovia 2016, Legalis, teza 5 do art. 16.

¹⁶ E. Kunze, Przygotowanie... p. 25.

¹⁷ K. Mioduski, (en:) J. Bańa, K. Mioduski, M. Siewierski, Kodeks karny. Komentarz, v.1, Varsovia 1987, p.71, L. Lernell, Wykład prawa karnego. Część ogólna, v. I, Varsovia 1969, p. 185.

¹⁸ M. Małecki, Przygotowanie... p. 149.

¹⁹ K. Buchała, (en:) I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński (dir.), System prawa karnego. O przestępstwach w szczególności, v. IV, Parte I, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Lódź 1985, p. 252, E. Szwedek, Przygotowanie do przestępstwa sprowadzenia niebezpieczeństwa powszechnego (art. 142 k.k.), Nowe Prawo. 1976, núm.7-8, p. 1025, E. Szwedek: Glosa do wyroku SN z dnia 3 stycznia 1980r., I KR 329/79, OSPiKA 1981, núm. 5, p. 216, E. Kunze, Przygotowanie... p. 50

²⁰ E. Kunze, Przygotowanie... p. 50- 51.

de ejecución del hecho delictivo. Para que cumplan tal papel, han de ser aptas para crear estas condiciones que no sólo existan en la imaginación del autor. No se trata de crear condiciones sin los cuales no será posible cometer el hecho delictivo, sino que crear condiciones que permitan su ejecución.²¹ El proyecto del Código Penal del 1997 claramente hace hincapié en que “los actos preparatorios tienen lugar cuando la conducta del autor crea peligro real, aunque no tan inmediato como en caso de la tentativa, para el bien jurídico tutelado”.²² La consecución de este estado de peligro real es posible sólo cuando las actuaciones preparatorias son objetivamente aptas para crearlo.

2.2. Las actuaciones preparatorias particulares

El art. 16 § 2 del CP lista tales actuaciones preparatorias como concertar con otra persona, adquirir o adaptar medios, recolectar la información o preparar el plan de actuación. Su enumeración es a modo de ejemplo, ya que el legislador ha utilizado la expresión “en particular” antes de su enumeración (*numerus apertus*). Las actuaciones preparatorias podrán ser otras, no mencionadas en el precepto; tampoco es necesario que sean similares a las enumeradas. La doctrina, con razón, postula limitar otras actuaciones a actuaciones similares a las enumeradas en el precepto.²³ Una conducta determinada se considera actuación preparatoria en caso de estar incluida en la enumeración a modo de ejemplo en el art. 16 del CP o si pertenece a otras actuaciones que tengan por objetivo crear condiciones de tentativa.²⁴ En la literatura se considera estas actuaciones, sin razón fundada, como una clase de actos preparatorios.²⁵

La característica de estas actuaciones permite distinguir dos formas de actos preparatorios:

- 1) Personal, que comprende las actuaciones relacionadas con otras personas, es decir, concertar

con otra persona con el fin de cometer el hecho delictivo;

- 2) Material, que incluye actuaciones relacionadas con objetos, es decir, adquirir o adaptar medios, recoger la información o preparar el plan de actuación.

El criterio de esta división es el objeto de las actuaciones. Ambas formas podrán aparecer conjuntamente. El art. 16 § 1 del CP enumera las actuaciones personales en primer lugar, sin embargo esto no implica que sean prioritarias.

2.2.1. Las actuaciones preparatorias personales

Los actos preparatorios personales comprenden el hecho de concertar con otra persona. Es suficiente el acuerdo para cometer hecho delictivo con al menos una persona. Por consiguiente, el acuerdo vincula al menos a dos personas.

El acuerdo consiste en revelación y arreglo mutuo de dolo delictivo y en toma de la decisión sobre la comisión del delito. El acuerdo es una toma de decisión conjunta sobre la ejecución del hecho delictivo y sobre detalles de su comisión. No será suficiente que el acuerdo comprenda sólo un dolo general de cometer conjuntamente un delito, sino que se requiere además al menos hacer el reparto de papeles entre los coautores.²⁶ Como bien menciona la jurisprudencia, todas las personas que participen en los actos preparatorios punibles han de acordar el dolo y tomar la decisión de cometer conjuntamente el delito. Del acuerdo hay que distinguir la comunicación, o sea, conversaciones (reuniones) acerca del futuro delito que no constituyen aún el hecho punible de “concertar”.²⁷ El hecho de concertar ha de facilitar objetivamente la ejecución del delito mediante la creación de condiciones para emprender actuaciones conducentes directamente a su comisión. El acuerdo con otra persona o personas

²¹ R. Zawłocki, w: Kodeks karny..., p. 613.

²² Nowe kodeksy... p. 126.

²³ A. Marek, Kodeks karny. Komentarz, Varsovia 2010, p. 69.

²⁴ Wyrok SN z dnia 18 lutego 1997 r., III KKN 132/96, OSN Prokuratura i Prawo 1997, núm 9, poz. 1.

²⁵ E. Kunze, Przygotowanie... p. 25

²⁶ A. Zoll, w: Kodeks karny... s.293, A. Liszewska, (en:) Kodeks karny... teza 8 do art. 16, wyrok SA w Łodzi, z dnia 6 października 2000 r., II AKA 138/99, Prokuratura i Prawo 2001, núm 5, poz. 23. E. Kunze, Przygotowanie..., p. 56. W. Wolter, Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969r., Varsovia 1973, p. 288. Giezek, (en:) Kodeks karny... p. 138

²⁷ Wyrok SA w Katowicach z dnia 5 czerwca 1997 r., II AKA 50/97, OSP 1998, nr 1, poz. 12, z glosą aprobującą K. Buchały, OSP 1998, núm 1, poz. 12.

Los actos preparatorios en el Derecho penal polaco

ha de comprender no sólo la decisión de cometer el delito, pero también la discusión sobre el reparto de papeles para ejecutarlo.²⁸ La jurisprudencia sostiene que “el hecho de concertar para llevar a cabo un delito (art. 16 § 1 del CP) podrá afectar únicamente a las personas que ya tienen la voluntad de cometer el delito, y sus arreglos se refieren a actuaciones técnicas o las circunstancias que crean condiciones para ejecutar el hecho delictivo, incluyendo el hecho de asegurar el círculo de los futuros participantes en el delito. Los que conciertan aún no emprenden actuaciones conducentes directamente a la comisión del delito. La búsqueda de ejecutantes, diferentes formas de persuasión, propuestas, promesas, el hecho de indagar quien podría hacerlo etc. tienen rasgos de instigación y no de actos preparatorios, porque las personas indagadas aun no tienen la voluntad de cometer el delito”.²⁹ La persona que concierta podrá de antemano determinar su papel en la ejecución del futuro delito, p. ej. limitar su participación a facilitar información necesaria o buscar a un coautor adecuado para el delito.³⁰

La ley no regula la forma del acuerdo, lo que significa que podrá ser libre, tanto oral o por escrito. El acuerdo podrá tener por objeto la comisión de un delito o de varios, pero ha de expresar el dolo real de cometer delito conjuntamente, no basta una declaración de solidaridad.³¹ La doctrina, con razón, manifiesta que: 1) el hecho de concertar no es igual a la comunicación, 2) la persona está vinculada con el acuerdo cuando participa en su formación y también cuando se adhiere al acuerdo ya existente, 3) el hecho de concertar no requiere ninguna forma, 4) el acuerdo como forma de los actos preparatorios ha de ser un acuerdo previo a la comisión del delito, 5) el acuerdo podrá ser más o menos detallado, 6) el acuerdo podrá tener por objeto la comisión de un delito o de varios, siempre determinados.³²

2.2.2. Las actuaciones preparatorias materiales

Los actos preparatorios materiales comprenden:

1) Actuaciones técnicas que consisten en adquirir o adaptar medios

El medio es un objeto, dispositivo o sustancia que permita el funcionamiento o que facilite la consecución del objetivo.³³ El medio al que se refiere el art. 16 § 1 del CP es cada objeto que utilice el autor para conseguir el objetivo que consiste en la comisión del delito. El medio es todo lo que use el autor para cometer el delito futuro.³⁴ El tipo del medio depende del tipo de delito que pretende cometer el autor. Podrá ser un arma, una navaja, una barra de hierro, un hacha, un martillo, una lima, un veneno, un documento, una impresora, un escáner, un sello, un explosivo, etc.

Adquisición desde el punto de vista gramatical significa “llegar a tener algo que fue objeto de gestiones, esfuerzos”.³⁵ Se hace el hincapié en la toma de posesión del objeto, lo que en el ámbito de adquisición de medios a la que se refiere el art. 16 § 1 del CP significa, que los actos preparatorios tienen lugar al momento en que el autor tome posesión del medio y no en el momento de iniciar acciones para tomar la posesión del objeto. La adquisición de los medios podrá efectuarse de cualquier manera, tanto legal como ilegal, p. ej. mediante la compra, préstamo, robo. La adquisición de medios comprende la producción del medio, p. ej. hacer un explosivo, hacer una copia de una llave.

La adaptación de medios consiste en modificar o transformar objetos determinados para que sirvan para cometer el delito (*instrumenta sceleris*). Es una acción que adapta un medio determinado para cometer un delito futuro, p. ej. añadir veneno a una bebida, domar un perro, cambiar el contenido de un documento.³⁶ Se trata tanto de modificaciones pequeñas, p. ej. encor-

²⁸ Wyrok SA w Łodzi z dnia 6 października 2000 r., II AKa 138/99, Prokuratura i Prawo 2001, núm 5, poz. 23.

²⁹ Wyrok SA w Krakowie z dnia 16 lutego 2009 r., II AKa 202/08, Prokuratura i Prawo 2009, núm 10, poz. 31.

³⁰ E. Kunze, Przygotowanie....p. 58.

³¹ E. Kunze, Przygotowanie...., p. 57.

³² E. Kunze, Karalne postacie przygotowani przestępstwa w polskim prawie karnym, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny 1990, núm. 3-4, p. 89 y ss.

³³ H. Zgólkowa (dir.) Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny, v. 42, Poznań 2003, p.128.

³⁴ E. Kunze, Przygotowanie....p. 38.

³⁵ H. Zgólkowa (dir.) Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny, v. 44, Poznań 2003, p. 411.

³⁶ E. Kunze, Karalne postacie....p. 89 y ss.

var un tubo de metal para que se pueda levantar rejas, como de manipulaciones técnicas complicadas, p. ej. transformar un arma de gas para que pueda disparar a mayor distancia.³⁷ La doctrina enumera como ejemplo de adaptación de medios: mezclar veneno con una bebida, modificar el contenido de un documento, reparar defecto técnico de un ejemplar de pistola militar de museo, montar un escondite en medios de transporte, domar un perro, montar un dispositivo para sujetar armas.³⁸

2) Actuaciones organizativas que comprenden la recolección de la información o preparación de plan de actuación

La recolección de la información comprende actuaciones que amplían conocimientos del autor que sean útiles para cometer el delito. La información ha de referirse a las circunstancias que puedan facilitar la comisión de hecho delictivo, p. ej. la información sobre sistemas de seguridad de un edificio, trayecto de transporte de dinero. Se trata también de recoger información sobre las herramientas necesarias para cometer el delito o sobre la forma de su comisión o bien la información imprescindible para preparar el plan de ejecución.³⁹ Podrá ser la información relativa al objeto de delito o tipo de medios que hay que usar, p. ej. el tamaño de barra de hierro necesaria para forzar rejas y la puerta. La recolección de la información podrá efectuarse tanto de forma legal, p. ej. mediante la conversación con el personal de seguridad de un edificio, la observación, fotografías; como de forma ilegal, p. ej. mediante escuchas, robo de móvil.

La preparación del plan consiste en plasmar la información relacionada con el delito planificado en un soporte adecuado, y comprende p. ej. la localización del edificio y su sistema de seguridad, posiciones de los coautores y partícipes del delito.⁴⁰ Se trata de preparar el plan en el sentido material, no basta sólo comentar la forma de cometer el delito, incluso si se comenta la localización y posiciones de los delincuen-

tes. El plan del delito podrá elaborarse en virtud de la información que tiene el autor antes del dolo para delinquir o bien con una información nueva. El plan podrá ser entregado a la persona que no necesariamente haya de ser el ejecutor directo del delito, pero que lo pase a tal persona con el fin de facilitarle la comisión del delito.⁴¹ No se considera como el plan la mera proyección del plan de futuro delito (*nuda cogitatio*). Con razón sostiene la doctrina que el plan de actuación es un modelo manifiesto y tangible de una futura actuación delictiva que podrá tener forma de un dibujo, gráfico, película, correo electrónico, y que comprende directivas de una futura conducta relativa a la selección y estructura de actuaciones que tengan por objeto el fin común, p.ej. directivas relativas al medio para cometer el delito, a la fijación de lugar, orden de actuaciones, plazos de inicio y finalización del hecho.⁴²

El plan podrá también comprender renuncia de algunas actuaciones.⁴³ El plan del delito —tal como acierta la doctrina— de una lado aumenta probabilidad de conseguir el objetivo del autor, o sea, la comisión del delito, pero de otro lado aumenta la probabilidad de evitar la responsabilidad criminal.⁴⁴

3. Otras actuaciones

El legislador en el art. 16 § 1 del CP ha utilizado la expresión “en particular”, por lo que —tal como ya se ha mencionado— la enumeración de las actuaciones que se consideran actos preparatorios es ejemplar y merece la pena intentar determinarlas.

El art. 14 § 1 del Código Penal del 1969 determinaba otras actuaciones como similares a las enumeradas, sin embargo el código vigente no contiene esta regulación, por lo que se deduce que su ámbito es mucho más amplio. La enumeración a modo de ejemplo de las actuaciones preparatorias no impide calificar otra actuación como acto preparatorio;⁴⁵ los límites de ello resultan del principio *nullum crimen sine lege certa*, que requiere que la ley describa características

³⁷ R. A. Stefański, *Prawo karne. Część ogólna*, Varsovia 2008, pp. 182-183.

³⁸ E. Kunze, *Przygotowanie...*, p. 44.

³⁹ M. Małecki, *Przygotowanie...*, p. 217.

⁴⁰ B.J. Stefańska (en.): R. A. Stefański (dir.) *Kodeks karny. Komentarz*, Varsovia 2015, p. 210.

⁴¹ Wyrok SA w Krakowie z dnia 5 września 2007 r., II AKa 150/07, *Prokuratura i Prawo*. 2008, núm 4, poz. 8.

⁴² E. Kunze, *Przygotowanie...*, pp. 47-48.

⁴³ M. Małecki, *Przygotowanie...*, p. 221.

⁴⁴ E. Kunze, *Przygotowanie...*, p. 46.

⁴⁵ I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu zabronionego. Typizacja i kwalifikacja przestępstw*, Varsovia 1978, p. 235.

Los actos preparatorios en el Derecho penal polaco

del hecho de manera que no existan dudas si un hecho es delictivo o no. Por lo tanto, hay que limitar el ámbito de otras actuaciones a la creación de condiciones para acometer el hecho conducente directamente a la comisión del delito. La doctrina considera como otras actuaciones preparatorias: ponerse en contacto con una persona (incluyendo a la futura víctima) facilitar una muestra de sustancia estupefaciente con el fin de probar y valorar la calidad para conseguir un futuro comprador, presentarse en el lugar de hechos planificados, esconderse en el lugar, estar en acecho o hacer trampa, espiar a la víctima, ensayar la ejecución del hecho proyectado.⁴⁶

IV. Los actos preparatorios calificados

A la hora de prepararse para la comisión del delito el autor podrá —tal como se ha mencionado— adquirir medios para su comisión de forma ilegal. En tal caso estamos ante los llamados actos preparatorios calificados. El autor, a la hora de ejecutar los actos preparatorios comete otro delito, p. ej. roba para conseguir objetos necesarios para cometer el delito deliberado. En estos supuestos el autor responderá por los actos preparatorios siempre que la ley prescriba su punibilidad y por el delito cometido (concurso real).

V. Los actos preparatorios v. la tentativa

La diferencia entre los actos preparatorios y la tentativa consiste en la inmediatez de la conducta del autor. La tentativa empieza cuando la conducta tiende directamente a la comisión del delito. Las actuaciones anteriores pertenecen a los actos preparatorios y tienen por objetivo crear condiciones para delinquir.⁴⁷ La jurisprudencia señala que:

“El límite entre la tentativa y los actos preparatorios punibles lo determina la inmediatez de la conducta del autor. Si la conducta del autor ya directamente tiende a la comisión, entonces hay tentativa. Los actos preparatorios son conductas encaminadas a la comisión del delito deliberado

pero no tienden aún directa e inmediatamente a la comisión del hecho delictivo. El acusado fue con el fin de recoger la cocaína no sólo a Madrid, sino al aeropuerto a las llegadas, y ahí estaba esperando a los traficantes que llegaban desde Colombia. Su postura inequívocamente expresa la disponibilidad de formar parte del grupo de traficantes de sustancias estupefacientes”.⁴⁸

“El límite lo define en primer lugar la expresión del art. 13 § 1 del CP, según la cual la tentativa consiste en tender directamente a la comisión. Por otro lado, las actuaciones descritas en el art. 16 § 1 del CP no se consideran tentativa, ya que tienen por finalidad crear condiciones para la tentativa o bien consisten en concertar. Para que una conducta se considere como los actos preparatorios ha de estar comprendida en la enumeración ejemplar contenida en el art. 16 § 1 del CP o pertenecer a “otras actuaciones” que han de crear condiciones para emprender la tentativa”.⁴⁹

VI. Punibilidad de los actos preparatorios

Los actos preparatorios —a diferencia de la tentativa— no siempre son punibles. De acuerdo con el art. 16 § 2 del CP, los actos preparatorios son punibles en casos prescritos por la ley. De este precepto resulta que la punibilidad de los actos preparatorios es excepcional y para su punibilidad es necesaria una norma legal.⁵⁰

La regla general es la impunidad de los actos preparatorios, dado que están alejados de la comisión; su punibilidad significa desplazar la responsabilidad al umbral del hecho delictivo. Los actos preparatorios son punibles en caso de ciertos delitos que, debido a la importancia particular del bien jurídico tutelado y la naturaleza del delito, los meros actos preparativos son significantes. No siempre decide la importancia del delito, ya que los actos preparatorios para el homicidio y asesinato no son punibles (art. 148 del CP).

⁴⁶ M. Małecki, *Przygotowanie...*, pp. 222- 229.

⁴⁷ Postanowienie SN z dnia 18 czerwca 2009 r., WK 10/09, OSNwSK 2009, núm. 1, poz. 1353.

⁴⁸ Wyrok SA w Katowicach z dnia 30 listopada 2007 r., II AKa 103/07, KZS 2008, núm. 4, poz. 63.

⁴⁹ Wyrok SA z dnia 18 lutego 1997 r., III KKN 132/96, Prok. i Pr. 1997, núm. 9, poz. 1.

⁵⁰ E. Kunze, *Przygotowanie...*, p. 98.

“La punibilidad de los actos preparatorios – tal como enfatiza la jurisprudencia – depende de que si se realizan con el fin de cometer el delito. En caso de que sean o puedan ser considerados como ausentes del nexo con el delito deliberado, entonces tales actos no son punibles”.⁵¹

El Código Penal polaco prevé dos formas de regular la punibilidad de los actos preparatorios:

1) A través de cláusula general de punibilidad “el que ejecutase actos preparatorios para el delito tipificado...”

2) Tipificación de delito *sui generis* que comprende algunos actos preparatorios y los demás actos preparatorios están exentos de la responsabilidad penal.

El legislador polaco ha tipificado los actos preparatorios punibles mediante la cláusula general para los siguientes delitos: promover o llevar a cabo una invasión militar (art. 117 § 1 en relación con el art. 126c § 1); exterminio (art. 118 § 1 en relación con el art. 126c § 1); crímenes contra humanidad (art. 118a § 1 y 2 en relación con el art. 126c § 2); usar armas de destrucción masiva prohibidas por el derecho internacional (art. 120 en relación con el art. 126c §); usar formas o medios de lucha que son prohibidos (art. 122 § 1 y 2 en relación con el art. 126c § 2); atentado contra vida o salud de prisioneros de guerra o población civil (art. 123 § 1 y 2 en relación con el art. 126c § 2); otra violación delictiva de derecho internacional (art. 124 § 1 en relación con el art. 126c § 3); atentado contra el patrimonio y bienes culturales (art. 125 en relación con el art. 126c § 3); golpe de Estado (art. 127 § 1 en relación con el § 2); atentado contra el órgano constitucional de la República de Polonia (art. 128 § 1 en relación con el § 2); atentado contra una unidad de fuerzas armadas de la República de Polonia (art. 140 § 1 en relación con el § 3); provocar incendio o catástrofe (art. 163 § 1 en relación con el art. 168); provocar peligro general (art. 165 § 1 en relación con el art. 168); piratería marítima o aérea (art. 166 § 1 en relación con el art. 168); colocar en una embarcación dispositivo o sustancia peligrosa (art. 167 § 1 en relación con el art. 168); producir siniestro en transporte (art. 173 § 1 en relación con el art. 175); trata de seres humanos (art. 189a § 2 en relación con el art. 189a § 1); secuestro y retención de rehén (art. 252 § 1 en relación con el § 3); falsificación de documentos

(art. 270 § 1 en relación con el § 3); falsificación de dinero o de valores (art. 310 § 1 en relación con § 4); puesta en circulación de dinero o valores falsos (art. 310 § 1 en relación con el § 4); deserción (art. 339 § 1–3 en relación con el § 4).

El listado indica que los actos preparatorios son punibles en caso de los delitos contra bienes tutelados especialmente importantes. Por la regla general, los actos preparatorios están castigados con penas menos severas, aunque en caso de los actos preparatorios para los crímenes contra la paz, humanidad o para los delitos bélicos, la pena mínima de privación de libertad es de tres años (art. 126c § 1).

Los actos preparatorios que quedan tipificados como delito *sui generis* son p.ej. participación en grupo criminal (art. 258 § 1), organizar el cruce de la frontera de forma ilegal (art. 264 § 3).

VII. Impunidad del desistimiento voluntario de los actos preparatorios

El Código Penal prevé impunidad de los actos preparatorios que sean punibles en caso de desistimiento voluntario. El desistimiento consiste en impedir el emprendimiento del hecho conducente a la comisión del delito.

Según el art. 17 § 1 del CP no será castigado por los actos preparatorios punibles el que voluntariamente desiste de ello, en particular quien haya destruido medios o haya evitado su uso en el futuro y en caso de concertar con otra persona con el fin de cometer el delito, que además haya hecho todo lo posible para evitar la comisión.

La impunidad de los actos preparatorios depende del desistimiento voluntario y de la eliminación de condiciones para emprender el hecho conducente directamente a la comisión.

El desistimiento de los actos preparatorios ha de ser voluntario, o sea resultar de la decisión libre tomada por el autor. Se trata de que el autor, a pesar de la posibilidad de conseguir el objetivo deliberado, interrumpe la acción preparada, desiste del dolo de cometer el delito. No hay voluntariedad cuando el autor está forzado a interrumpir la acción debido a impedimentos externos.⁵² El desistimiento voluntario existe

⁵¹ Wyrok SA w Krakowie z dnia 10 lutego 2010 r., II AKa 266/09, KZS 2010, nr 3, poz. 35.

⁵² Postanowienie SA w Krakowie z dnia 28 lutego 2013 r., II AKz 69/13 KZS 2013, nr 4, poz. 59.

Los actos preparatorios en el Derecho penal polaco

cuando, según la creencia del autor, puede cometer el delito, pero no quiere hacerlo. El desistimiento no voluntario se da cuando el autor se ve forzado a desistir, debido a impedimentos externos.⁵³ No pierde el rasgo de voluntariedad – según el Tribunal Supremo, el desistimiento debido a la desaprobación del hecho expresado por un tercero, siempre que el autor no haya tenido que someterse a esta opinión, la cual a la luz de la experiencia no fue motivo decisivo del desistimiento, sino que tal opinión creó uno de los impulsos para renunciar el delito.⁵⁴ La decisión sobre el desistimiento no tiene que ser tomada de forma espontánea, exclusivamente por impulso interno y totalmente independiente de cualquier impulso externo, siempre que no cree la situación forzosa o impedimento difícil de vencer para el autor y que sea solamente uno de los factores que influya a la toma libre de tal decisión.⁵⁵

El desistimiento voluntario podrá expresarse tanto en una conducta activa como pasiva del autor y el tipo de la conducta depende del tipo de actos preparatorios emprendidos.

El Tribunal Supremo admite que:

- “El desistimiento de los actos preparatorios tiene que revelarse en las circunstancias que demuestren que el autor que desiste de los actos preparatorios no tiene la intención de aprovecharse de los actos preparatorios ya realizados y evita que otras personas los usen para emprender el hecho conducente directamente a la comisión del delito”.⁵⁶
- “Para apreciar la impunidad de los actos preparatorios es necesaria la conducta real y visible del exterior del autor que inequívocamente demuestre el desistimiento del dolo para cometer el delito, las formas de esta conducta están enumeradas a modo de ejemplo en el art. 15

(actualmente el art. 17 – nota de la autora) prescribiendo: “en particular destruye los medios preparados o evita su uso en el futuro”.⁵⁷

La motivación del desistimiento no tiene importancia, puede ser valorada positivamente desde el punto de vista ético y moral. La motivación puede también consistir en miedo ante la responsabilidad penal.

Aparte del requisito del desistimiento voluntario, es necesario también cumplir con otras condiciones. Su ámbito depende de la forma de los actos preparatorios. En caso de los actos preparatorios materiales, es necesario en particular destruir los medios preparados o evitar su uso en el futuro; y en caso de los actos preparatorios personales – hacer todo lo posible para evitar la comisión. La expresión “en particular” indica que las formas del desistimiento están listadas a modo de ejemplo. La doctrina considera que la destrucción de medios o prevención de usarlos no es la condición suficiente para apreciar el desistimiento, pero sin embargo es una señal importante de la voluntad encaminada hacia el desistimiento.⁵⁸

Hacer todo lo posible para evitar la comisión consiste en actuaciones importantes desde el punto de vista de su efectividad, o sea, interrumpir los actos preparatorios de otros coautores, interrumpir la tentativa o la comisión.⁵⁹ El autor para hacer todo lo posible para evitar la comisión podrá, entre otros, 1) persuadir al coautor a desistir de la ejecución del delito, 2) fastidiar la comisión del delito, p.ej. informando a las autoridades competentes sobre la acción delictiva planificada o avisando a la víctima.⁶⁰

El desistimiento de los actos preparatorios ha de ser firme, definitivo. Significa el abandono por completo de la idea de cometer el delito. No estamos ante el desistimiento cuando el autor únicamente modifica el modo, lugar y tiempo de ejecución del objetivo.⁶¹

⁵³ L. Gardocki, *Prawo karne*, Varsovia 2015, s. 111, R. A. Stefański, *Dobrowolne odstąpienie od usiłowania*, *Prokuratura i Prawo* 1996, núm. 4, p. 111.

⁵⁴ Wyrok SN z 5 stycznia 1973 r., III KR 258/72, OSNKW 1973, núm 7-8, poz. 92.

⁵⁵ Postanowienie SN z 17 lipca 1975 r., VI KZP 15/75, OSNPG 1975, núm 10, poz. 92, wyrok SN z dnia 4 czerwca 1934 r., 3 K 573/34, *Zbiór Orzeczeń SN do 1939 r.*, poz. 305.

⁵⁶ Wyrok SN z dnia 4 sierpnia 1971 r., I KR 82/71 OSNPG 1971, nr 12, poz. 230, wyrok SA w Białymstoku z dnia 20 czerwca 2006 r., II AKa 121/06, KZS 2007, nr 6, poz. 52.

⁵⁷ Wyrok SN z dnia 28 września 1970 r., IV KR 191/70 OSNKW 1971, nr 1, poz. 3. z glosą S. Frankowskiego, OSP 1971, nr 10, poz. 183.

⁵⁸ M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*. Varsovia 1994, p. 371.

⁵⁹ A. Wąsek, *Nowa kodyfikacja kama. Kodeks karny. Krótkie komentarze*, z. 9, Varsovia 1998, p. 78.

⁶⁰ E. Kunze, *Odstąpienie od przygotowania do przestępstwa w nowym kodeksie karnym*, *Prokuratura i Prawo* 1998, núm 10, p. 29.

⁶¹ E. Kunze, *Przygotowanie...*, p. 108.

En caso los actos preparatorios punibles hayan pasado a la fase de la tentativa y el autor en la fase de la tentativa haya desistido voluntariamente de la comisión o haya evitado el resultado que forma parte del tipo de lo injusto, no será castigado ni por la tentativa, ni por los actos preparatorios. Según el art. 15 § 1 del CP no será castigado por la tentativa el que voluntariamente desista de la comisión o haya evitado el resultado que forma parte del tipo de lo injusto. El art. 17 § 2 del CP prescribe que no se castigará por los actos preparatorios al que se le aplique el art. 15 §1 del CP, o sea al que desista voluntariamente de la tentativa o haya evitado el resultado que forma parte del tipo de lo injusto.

VIII. Conclusiones

En el Derecho penal polaco los actos preparatorios forman parte de “camino del delito”. Tienen por objeto crear condiciones favorables para emprender conductas que llevan a la comisión del delito; indirectamente tienden a la comisión del hecho delictivo. Los actos preparatorios consisten de dos elementos: 1) subje-

tivo, o sea el dolo de cometer el hecho antijurídico que comprende la acción con el fin de cometerlo; 2) objetivo, que comprende acciones para crear condiciones para ejecutar el hecho antijurídico. Existen dos formas de los actos preparatorios: 1) personal, que comprende las actuaciones relacionadas con otras personas, es decir, concertar con otra persona con el fin de cometer el hecho delictivo; 2) material, que incluye actuaciones relacionadas con objetos, es decir, adquirir o adaptar medios, recolectar la información o preparar el plan de actuación. El criterio de esta división es el objeto de las actuaciones. Ambas formas podrán aparecer conjuntamente.

Los actos preparatorios no siempre son punibles. De acuerdo con el art. 16 § 2 del CP, los actos preparatorios son punibles en casos previstos por la ley. La punibilidad de los actos preparatorios es excepcional y requiere una norma legal separada. El legislador polaco, a la hora de penalizar los actos preparatorios en un precepto separado prescribe que por los actos preparatorios se condena a una pena determinada. Excepcionalmente, algunas actuaciones preparatorias quedan tipificadas como delito *sui generis*.



Estrategias político-criminales frente a la corrupción política. Apuntes desde la experiencia española¹



Juan M. Terradillos Basoco

Universidad de Cádiz

RESUMEN: *La corrupción política constituye una modalidad de delincuencia económica. Por tanto, la lucha contra la corrupción exige el despliegue de estrategias político-criminales que afecten al derecho penal, al Derecho procesal y a los mecanismos públicos de control y transparencia. Pero debe incidir, también, en los elementos del modelo económico que generan y potencian la corrupción de funcionarios públicos y autoridades políticas, y hacen prevalecer los intereses particulares sobre los colectivos, constitucionalmente consagrados.*

PALABRAS CLAVE: *Administración pública, cohecho, corrupción, criminalidad económica, funcionario público, globalización, partidos políticos, política criminal, sistema económico.*

ABSTRACT: *Corruption in politics is a sort of economic delinquency. As a result, struggling against corruption requires the development of criminal and procedural law strategies, as well as in the field of public control systems and transparency. But the economic system elements that produce and strengthen corruption in civil servants and political authorities must be also taken into consideration, as they make private interests prevail over collective ones, which are constitutionally established.*

KEY WORDS: *Civil servant, bribery, corruption, criminal policy, economic delinquency, globalization, government administration, political parties.*

SUMARIO: *I. Corrupción y globalización económica. II. Corrupción: manifestaciones. II.1 Corrupción pública. II.2 Corrupción privada. III. Estrategias político-criminales. III.1. Política criminal stricto sensu. III.2. Control político. IV. Políticas económicas. V. Epílogo. VI. Bibliografía.*

Rec: 26/04/2017 | Fav: 25/06/2017 | Código ORCID: orcid.org/0000-0002-5361-3009

¹ La materia ya fue objeto de tratamiento en la Lección de apertura del Curso Académico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, impartida el 26.03.2015. Se publicó, con el título “Corrupción, globalización y Derecho penal económico”, en la revista *Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú*, 2015 (74), pp. 11 a 26. Para la actual publicación, se han realizado las necesarias correcciones formales, se han añadido notas y referencias bibliográficas y se han ampliado y actualizado contenidos. El trabajo se enmarca en los propios del Grupo de Investigación “Sistema penal y actividad económica”, Plan Andaluz de Investigación. PAI SEJ-378.

1. Corrupción y globalización económica

El diseño de estrategias político-criminales frente a la corrupción no superará el nivel del bizantinismo si no se enmarca en el contexto político-económico en el que las distintas manifestaciones de aquella hunden sus raíces: la economía globalizada.

Al margen de los contenidos heterogéneos atribuidos al término globalización desde los diferentes ámbitos de estudio, ésta es, en una definición de mínimos aceptable por todos, proceso de expansión transnacional de la economía de mercado. Lo que comporta que la evolución de ese proceso dependerá cada vez más de los mercados internacionales y menos de las políticas económicas estatales.²

Ahora bien, si con la mundialización, el mercado ha pasado a organizarse no como comercio internacional entre Estados sino como comercio inter-empresarial,³ es inevitable que los valores mercantilistas terminen por sustituir a los valores políticos propios del Estado democrático. Se registra, así, una importante mutación en las escalas axiológicas, en las que pasa a ocupar posiciones punteras el éxito, tanto mejor cuanto más rápido y fácil. Como puede ser el protagonizado por especuladores enriquecidos con la contratación de obras públicas, con las “burbujas” urbanísticas, con la externalización arbitraria de servicios que antes gestionaban las administraciones públicas, con el dismantelamiento del patrimonio nacional, etcétera, con la consiguiente “*ridiculización del significado económico y social del propio trabajo, y en general de los instrumentos de la economía productiva o real*”.⁴ La aceptación de este giro valorativo puede ser determinante a la hora de fijar el umbral de criminalización en ámbitos como los delitos de cuello blanco o los *occupational crimes*, en los que se sigue constatando “*la alta valoración social de la figura del empresario que corre riesgos y obtiene éxitos, aun moviéndose en la frontera confusa de lo ilegal*”.⁵

Esa frontera será tanto más confusa cuando en la operación estén implicados servidores públicos, cuyo

primer principio de actuación debería ser el de definir el ámbito de lo legal y mantenerse rigurosamente en él. A su vez, la tentación de moverse en el otro lado de la frontera será tanto más fuerte cuanto más débil sea la resistencia del sistema público a la integración en su seno de intereses particulares, que son siempre intereses de parte. Si se analiza, por ejemplo, la alianza Goldman Sachs-Karamanlis en la ocultación del déficit presupuestario por parte del gobierno griego a la Unión Europea y se valora el derrumbe financiero de Grecia que, al mes de mayo de 2010, amenazó seriamente la estabilidad del euro, se puede visualizar la magnitud de la delincuencia que, disfrazada de ingeniería financiera, gestiona, con la colaboración de servidores públicos que dejan de serlo, los intereses colectivos, que también dejan de ser tales.⁶

El crecimiento exponencial de las transacciones internacionales y el auge de los mercados de divisas, que junto al desplome de los sistemas de economía planificada, han generado un mercado mundial único; la disolución del sistema de cambios fijos; la desregulación de los mercados financieros, con la consiguiente globalización de las finanzas y su predominio sobre la economía real; el acelerado ritmo de la innovación y la comunicación; la deslocalización de inversiones e iniciativas empresariales que se desvinculan de cualquier referencia territorial, son elementos definidores del proceso de globalización económica y, por lo mismo, condicionan las características de la corrupción que ese marco genera.⁷

II. Corrupción: manifestaciones

Las diferentes manifestaciones de la corrupción integran elementos comunes, y entre ellos, los propios de la noción etimológica: la *corruptio* es, ante todo, alteración de una sustancia por descomposición. O, aplicado a las relaciones sociales, deterioro que se provoca en las cosas no materiales, de modo que no pueden ser utilizadas con la finalidad para la que fueron creadas.

² Estefanía, J., *La nueva economía. La globalización*, 2ª ed., Debate, Madrid, 1996, p. 12.

³ Mercado Pacheco, P., “Transformaciones económicas y función de lo político en la fase de la globalización”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 32, 1995, p. 104.

⁴ *Ibidem*, p. 105.

⁵ Baylos Grau, A., y Terradillos Basoco, J.M., *Derecho penal del trabajo*, 2ª edic., Trotta, Madrid, 1997, p. 38.

⁶ Terradillos Basoco, J.M., “Financiarización económica y política criminal”, en Serrano Piedecabras, J.R., y Demetrio Crespo, E., (dir.), *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, COLEX, Madrid, 2010, p. 132-134.

⁷ Almoguera Carreres, J., “Corrupción y mercados internacionales”, en Ruiz Miguel, A., (ed.), *Entre Estado y Cosmópolis. Derecho y Justicia en un mundo global*, Trotta, Madrid, 2014, pp. 331-332.

A esta primera acepción, genérica, se contraponen otra definición que hace suya el *Diccionario de la Real Academia* en los siguientes términos: “*en las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores*”.

“Corrupción” aparece así como término anfibológico que, inicialmente, da cabida a dos posibles modalidades: la corrupción que implica a las administraciones públicas, y la que no lo hace.

Tampoco maneja un concepto unívoco de corrupción el Código Penal español (CPE). Tradicionalmente ha reservado ese término para designar determinados delitos contra la indemnidad sexual, que tienen como víctimas a menores de edad o a incapaces. Sólo a partir de la reforma operada en el Código por la Ley Orgánica (LO) 5/2010⁸, se hizo lugar con *nomen iuris* propio, entre los delitos del Capítulo XI —los relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores— a un art. 286 bis, para castigar la corrupción entre particulares. La LO 1/2015 ha cambiado la rúbrica de la sección que cobija estos delitos, que ahora es “Delitos de corrupción en los negocios”, además de cambiar también, y en profundidad, su contenido, que acoge el pago de sobornos, a sujetos privados o a agentes públicos extranjeros, para obtener ventajas competitivas.

Cierto que el Preámbulo (I y XIX) de la LO 1/2015 se refiere a las reformas introducidas “*en los llamados delitos de corrupción en el ámbito de la Administración pública*”, cifradas, sobre todo, en el incremento de las penas de inhabilitación y en la tipificación, *ex novo*, del delito de financiación ilegal de partidos políticos. Pero el articulado del Código sigue recurriendo a las tradicionales terminologías y elude aceptar, *expressis verbis*, una categoría o una tipología de delitos de corrupción pública.

II.1. Corrupción pública

Si en el plano gramatical o, incluso en el normativo, lo público no siempre está presente, en los foros político-criminales las definiciones más usuales de la corrupción incorporan, como elemento nuclear, la actuación desviada de los servidores públicos, hasta el punto de que se viene entendiendo que no puede hablarse de corrupción en sentido estricto fuera del ámbito de la función pública.⁹

En todas sus modalidades, la corrupción pública provoca, al igual que la privada, una inevitable distorsión del mercado y un perjuicio cierto para competidores y consumidores; y ambas comparten una causa generadora común, de índole económica.¹⁰ Pero la pública añade elementos de lesividad específica¹¹ que afectan al funcionamiento de las instituciones públicas y traicionan su vocación de servicio dirigido a objetivos constitucionalmente impuestos, supeditados, así, a los intereses particulares de los gestores del poder o de quienes irrumpen, desviándolo, en el proceso de toma de decisiones por parte de estos. Desde la perspectiva administrativa y jurídico-política, la corrupción es, ante todo, desviación, por parte de autoridades y funcionarios, del interés público legalmente determinado.¹²

Esa desviación, que no sólo afecta a recursos económicos sino a todos los medios con que cuentan las administraciones públicas, tiene manifestaciones diversas.

Puede revestir la forma de corrupción política “pura”: por ejemplo, la promoción indebida del concejal o del parlamentario tránsfuga, que, a cambio de un apoyo en su carrera política, abandona el partido por el que fue elegido, para pasar a otro que tiene un programa distinto, burlando, así, a sus electores al violar el principio *idem sentire* que se encuentra en la base de los conceptos de participación y representación políticas.

⁸ Impulsada, a su vez, por el “Convenio penal sobre la corrupción”, del Consejo de Europa de 27.01.1999 (BOE 28.07.2010) y por el “Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 3 del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea”, de 26.05.1997.

⁹ Reátegui Sánchez, J., “Los delitos de corrupción de funcionario y criminalidad organizada”, en *Revista de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública-II*, Buenos Aires, nº 2, 2004, p. 313.

¹⁰ Almoguera, op. cit., p. 325.

¹¹ Fernández García, J., “Algunas reflexiones sobre la corrupción política”, en Fabián Caparrós, E.A., y Pérez Cepeda, A.I., (coord.), *Estudios sobre corrupción*, Ratio Legis, Salamanca, 2010, p. 46.

¹² Demetrio Crespo, E., “Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública”, en Ferré Olive, J.C., (edit.), *Fraude y corrupción en la Administración Pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, vol. 3, ed. Universidad de Salamanca, 2002, p. 176.

Estrategias político-criminales frente a la corrupción política

Las competencias y poderes atribuidos a los gestores públicos son utilizados en otras ocasiones, ya con contenido económico, para enriquecimiento del propio gestor, como ocurre en los delitos de exacciones ilegales o de malversación/peculado. Aunque es también habitual que, en el caso de los delitos de cohecho o de tráfico de influencias, resulten asimismo beneficiados otros sujetos ajenos a la función pública. Surge entonces una relación sinalagmática en la que el comportamiento *contra legem* del funcionario resulta beneficioso para el particular corruptor; y la recompensa con la que éste incentiva o retribuye aquel comportamiento resulta beneficiosa para el corrupto.¹³

Ésta es la corrupción de lesividad ingente, en clave tanto económica como institucional, y, en consecuencia, es la que suscita una mayor inquietud social. En España, aunque los índices oscilan mensualmente con la coyuntura, la corrupción constituye, a junio de 2016, el principal problema del 46.7% de los ciudadanos.¹⁴ Sin embargo, casi el 95% de los españoles no ha recibido nunca solicitud de compensación, por parte de un funcionario público, para acelerar o determinar la resolución de un asunto pendiente.¹⁵

Si la población, que no acumula experiencias de deshonestidad de bagatela imputables a servidores públicos con competencias y funciones subalternas, se muestra altamente preocupada por la corrupción pública, es porque centra sus temores en la conducta de quienes, en el organigrama administrativo, ocupan la cúspide y pueden, en consecuencia, tomar decisiones de la mayor trascendencia económica, social y política. Preocupa la *grand corruption*, identificada con “*actos cometidos en los niveles más altos del gobierno que involucran la distorsión de políticas o de funciones centrales del Estado, y que permiten a los líderes beneficiarse a expensas del bien común*”.¹⁶

La corrupción política no es, empero, la que implica sólo a autoridades y funcionarios públicos que sucumben a incentivos económicos espurios. Los partidos políticos pueden asumir en este ámbito protagonismo de primer nivel, en la medida en que, en los diferentes organigramas constitucionales, ocupan un papel central entre los instrumentos de participación política, como organizaciones de Derecho privado, la relevancia de cuyas funciones las convierte en órganos de trascendencia pública,¹⁷ lo que impone al Estado la obligación de regular su funcionamiento, de modo que quede garantizado el equilibrio plural entre las diversas formaciones.¹⁸

Así, la mayoría de los casos de corrupción traducen decisiones que proceden de áreas de la Administración ocupadas por miembros de partidos políticos, que integran, en lo criminológico y en lo normativo, la lista de eventuales sujetos activos de la corrupción política. De hecho, en el caso de España, la historia de la financiación de los partidos suministra datos idóneos para cimentar la desconfianza ciudadana,¹⁹ que los considera corruptos, poco sensibles a sus demandas e incapaces de desarrollar las funciones asignadas.²⁰

Disfrutan también de competencias en la gestión de servicios originariamente públicos pero hoy externalizados, y cada vez en mayor medida, empresas privadas o mixtas, cuyas decisiones se encomiendan a sujetos que, en sentido estricto, no son funcionarios públicos, pero que tienen altas cotas de protagonismo en la corrupción pública. Para poder implementar estrategias penales frente a quienes de hecho tienen facultades de decisión sobre lo público, es necesario que sean equiparados a los servidores públicos *stricto sensu*. O bien ampliando, a los efectos de exigencia de responsabilidad criminal, el concepto de funcionario, de modo que integre a todos aquellos que tengan

¹³ Vergottini, G., “Una road contro la corruzione”, en *Percorsi Costituzionali*, CEDAM, 2012 (1/2). Accesible en <http://magna-carta.it/content/roadmap-contro-corruzione>. Consulta, 25.07.2016.

¹⁴ <http://www.rtve.es/noticias/20160606/baja-ligeramente-preocupacion-falta-gobierno-mes-del-26j/1355323.shtml>. Consulta: 25.07.2016.

¹⁵ Terradillos Basoco, J.M., “Mercado y Administración Pública (Criminalidad económica y corrupción política”, en Medina Cuenca, A., (coord.), *El Derecho penal en tiempos de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño*, Unijuris, La Habana, 2016, p. 149.

¹⁶ Hava García, E., “Grand Corruption. Strategies for Preventing International Impunity”, en *The Indonesian Journal of International & Comparative Law*, n° 3, 2015, p. 484.

¹⁷ Flores Giménez, F., “Democracia interna y participación ciudadana como mecanismos de control”, en Nieto Martín, A., y Maroto Calatayud, M., (dir.), *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Universidad de Castilla—La Mancha, Cuenca, 2014, pp. 182-183.

¹⁸ Ruiz-Rico Ruiz, G., “La lucha contra la corrupción desde el Estado constitucional de Derecho: la legislación sobre financiación de partidos políticos en España”, en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n° 7, 2014, p. 230.

¹⁹ Maroto Calatayud, M., *La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 21-109.

²⁰ Palacios Brihuega, I., *Los españoles y la calidad de la democracia*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2016, p. 35.

capacidad, —*de iure o de facto*, en puestos de alta dirección o en tareas subalternas— de disponer del destino de los medios públicos y, por tanto, tengan capacidad de desviarlos,²¹ o bien mediante la implementación de nuevas y específicas tipologías de corrupción entre particulares.²²

II.2. Corrupción privada

El marco de actuación de la corrupción puede ser ajeno al sector público, pero en muchas ocasiones, corrupción pública y privada no solo coinciden sino que se entremezclan hasta hacerse inexplicables la una sin la otra; como no puede ser de otro modo en un marco general en el que las administraciones coprotagonizan con las corporaciones mercantiles las grandes operaciones económicas.²³

La reciente historia española brinda un ejemplo de esta identificación/confusión: las prácticas corruptas que acabaron, entre 2008 y 2012, con el conglomerado de Cajas de Ahorro, entidades financieras a las que, materialmente, hubo que “rescatar” mediante aportes ingentes de dinero público —más de 22.000 millones de euros sólo en el caso de Caja Madrid—. Las Cajas intervenían en actividades privadas de naturaleza bancaria; pero no sólo los fondos para su rescate fueron públicos: también su control estaba en manos de instituciones públicas, y, a través de ellas, de los partidos políticos con implantación en cada ámbito geográfico.²⁴

La corrupción entre particulares puede, pues, tener consecuencias que trascienden las fronteras de los intereses privados y que adquieren dimensión institucional-colectiva. Pero tiene también contenidos propios y trascendencia político-criminal que aconsejan su tratamiento autónomo. Esa es la perspectiva adoptada en el marco de la Unión Europea, por la *Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*.

Desde una perspectiva criminológica, en la que al asentar científicamente el diseño de estrategias político-criminales, no puede desdeñarse el elemento diferenciador esencial: los objetivos del sector privado se limitan a la obtención de la máxima rentabilidad, aunque no necesariamente contemplada en términos económicos; mientras que en “lo público” los objetivos se centran en la tutela de los derechos, intereses, principios e instituciones constitucionalmente impuestos.

Cuestión distinta es que, de hecho, en el plano delictivo de la corrupción política se superpongan, en simbiosis natural, los ámbitos público y privado.

En efecto, la criminalidad económica, normalmente organizada y transnacional, alcanza sus cotas más altas de nocividad cuando añade a la lesividad puramente económica la derivada de la corrupción de las administraciones públicas y de sus agentes.

En el seno de esas estructuras organizadas, las decisiones de inducir a la corrupción, o de aprovecharse de ella, tienen un precio, satisfecho por el delincuente de cuello blanco, en el ámbito de su actividad profesional-empresarial, a la vista de los beneficios económicos que le puede reportar la ilegal operación. A su vez, esos beneficios serán ingentes: tienen un alto coste, tanto como importantes sean las competencias del sujeto corrupto, y, por lo mismo, se espera lograr mediante su pago una rentabilidad no accesible a la delincuencia patrimonial tradicional y sólo posible en el entorno de las grandes obras públicas, de la concesión de servicios —vitales en buena parte de casos para amplios sectores de población—, de privatizaciones con rentabilidad anunciada, etc. El envés de los exorbitantes beneficios de corruptos y corruptores es la dañosidad de estas maniobras para con los derechos e intereses de mayorías significativas, damnificadas por la asignación aberrante de los recursos públicos y por la supeditación de los objetivos sociales legalmente pretendidos a otros, particulares, incompatibles con aquellos.²⁵

²¹ Meini, I., *Delitos contra la Administración Pública*, USAID, Ciudad de Guatemala, 2008, p. 14-19.

²² Nieto Martín, A., “La prevención de la corrupción”, en Nieto Martín, A. (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 312-313.

²³ Nieto Martín, A., “De la Ética Pública al Public Compliance: sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas”, en Nieto Martín, A., y Maroto Calatayud, M., (dir.), *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Universidad de Castilla—La Mancha, Cuenca, 2014, p. 37-39.

²⁴ GRECO-Grupo de Estados contra La Corrupción del Consejo De Europa, *Informe de la lucha contra la corrupción de la Unión Europea*, ed. Comisión Europea, Bruselas, 2014, p. 5. Accesible en http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_spain_chapter_es.pdf. Consulta: 25.07.2016.

²⁵ Terradillos Basoco J.M., “Mercado y Administración...”, op. cit., p. 153.

III. Estrategias político-criminales

La lucha contra la corrupción política, para ser eficaz, debe eludir planteamientos parciales y ha de buscar la neutralización de todos los diferentes elementos que confluyen en ella. En concreto, ha de incorporar: a) estrategias político-criminales de amplio espectro dirigidas a blindar la independencia y lealtad institucional de los servidores públicos, para evitar que resulten corrompidos; y b) estrategias de política económica que incidan en las estructuras económicas, yugulando en origen las condiciones ambientales que propician la aparición de interferencias ilícitas, mediante contraprestación, en el funcionamiento de las administraciones públicas.²⁶

Tanto unas como otras, han de ser conscientes de que en el origen de la corrupción pública que estamos tratando concurren incentivos privados: es el particular quien, con su poder económico, pretende torcer en su favor el funcionamiento de las instituciones.²⁷ La dinámica de la corrupción adverte las sinergias —también las dependencias recíprocas— entre el funcionario, autoridad o sujeto con poder de tomar, inducir o potenciar decisiones políticas, por un lado y, por el otro, el particular interesado en darles un determinado sesgo.

De ahí que en el combate contra la corrupción pública no puedan quedar preteridas las estrategias dirigidas al sector privado. En España, por ejemplo, existe una Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, cuya denominación —aunque no siempre corroborada por su actividad²⁸— es suficientemente didáctica al respecto. Y Transparencia Internacional, en su estrategia anticorrupción, propone unos “Principios de transparencia y prevención para las empresas”, dirigidos a “contribuir a una competencia leal y en condiciones de igualdad entre los concurrentes”, pero también a reducir la incidencia de los intereses privados en la corrupción pública.²⁹

III.1. Política criminal *stricto sensu*

La puesta en marcha de los medios que puede desplegar la política criminal *stricto sensu*, toma, o debe tomar, como referencia inicial las características ya apuntadas del fenómeno a combatir: la criminalidad económica, normalmente organizada y transnacional —pues la dimensión de las grandes operaciones no es abordable si no es por medio de estructuras complejas, y el disfrute de los beneficios del delito exige el movimiento supranacional de capitales— alcanza sus modalidades más graves cuando a su lesividad puramente económica añade la derivada de la corrupción de las administraciones públicas y de sus agentes.

Si el sector privado aporta a la corrupción sujetos que responden al patrón general de la gran criminalidad de cuello blanco, en el público es denominador común que los responsables, instalados en el sistema, lo combatan en sus raíces, descomponiéndolo desde dentro. Se colocan en las antípodas del modelo constitucional y, en ese sentido, satisfacen el paradigma de sujetos que —por emplear la fraseología habitual entre los amanuenses del “Derecho penal del enemigo”— no prestan la garantía cognitiva mínima para que el ordenamiento los considere como “personas” y los trate como tales.

La realidad político-criminal y normativa, por fortuna, no responde a lineamientos lógicos tan primitivos. El Derecho penal de exclusión pasa de puntillas sobre la carga de profundidad que para nuestros modelos comporta la corrupción y ajusta discriminatoriamente su objetivo sobre otros campos: los de la insurgencia³⁰ y los de la marginalidad, ya que, como advierte Jakobs, “quien es superfluo en la economía común se conduce como si viviera en otro mundo... no vive en el mundo de las personas”.³¹

III.1.1. Derecho penal sustantivo

En el CPE —al igual que ocurre en Derecho comparado,³²—, los delitos de cohecho (artículos 419 a 427

²⁶ Terradillos Basoco, J.M., “Corrupción, globalización y Derecho Penal Económico”, en Demetrio Crespo, E., y González Cuellar Serrano, N. (dir.), *Halcones y palomas. Corrupción y delincuencia económica*, Castillo de Luna, Ediciones Jurídicas, Madrid, 2015, p. 25.

²⁷ Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 871.

²⁸ Terradillos Basoco J.M., “Corrupción, globalización...”, op. cit., 22.

²⁹ <http://transparencia.org.es/principios-de-transparencia-para-empresas/>. Consulta, 25.07.2016.

³⁰ Jakobs, G., “Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo”, en Jakobs, G. Y Cancio Meliá, M. *Derecho penal del enemigo*, 3ª edic., Civitas, Madrid, 2003, p. 41.

³¹ Jakobs, G., “Sobre la génesis de la obligación jurídica”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 23, 2000, p. 348.

³² Reátegui Sánchez J., “Los delitos de corrupción...”, op. cit., 317.

bis y 445), de tráfico de influencias (artículos 428 y 430), de malversación (432 a 435) y de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos (artículos 439 a 444), todos ellos reformados por la LO 1/2015, constituyen el núcleo de la corrupción pública. Todos ellos están contruidos en torno a la figura de la autoridad o funcionario que, en el ejercicio de su cargo, actúa favoreciendo intereses privados, propios y/o ajenos, en detrimento de los públicos, cuya tutela y promoción tiene asignados.³³

El cohecho es, sin embargo, la figura que encarna normativamente el paradigma de la corrupción: prototípico delito de encuentro, viene abarcando, a través de sus modalidades de propio/impropio o activo/pasivo, conductas de gravedad diferente; pero todas ellas incorporan el elemento de la corrupción política criminológicamente decisivo, al contraponer los dos rostros de la corrupción: el que corrompe y el que acepta ser corrompido.

Mas la tipificación penal de una conducta no comporta, por sí sola, el éxito en su erradicación. Es común atribuir al Derecho penal sustantivo, y con toda razón en este caso, eficacia escasa en la lucha contra la criminalidad. Las limitaciones se sitúan ya en el planteamiento inicial: si se buscan respuestas jurídico-penales efectivas, que no sean únicamente expresión simbólica, se impone un cambio de paradigma. Quien quiera, en el siglo XXI, ganar esta batalla “*tendrá que utilizar algo más que lanzas y piedras, y valerse de un arsenal más sofisticado*”, desarrollando particulares criterios de imputación y especiales conceptos, idóneos para integrar un Derecho penal de la función pública³⁴ asentado en dos pilares básicos: tutela de ésta, concebida como servicio a los ciudadanos, y responsabilidad penal específica de los servidores públicos, considerando como tal a todo sujeto con capacidad para tomar o condicionar decisiones que repercutan materialmente en los intereses confiados a la Administración.

Urge, pues, afinar el instrumental dogmático y adecuar el arsenal punitivo a las especiales características de los delitos de corrupción. Que es algo bien distinto a afrontar esta modalidad delictiva por medio del procedimiento, tan manido como constatatadamente inane, de ampliar el ámbito de conductas punibles o de intensificar la contundencia de las penas.³⁵ Se trata de opciones que, históricamente, han servido, en clamorosa “huida al Derecho penal”, para que los poderes públicos redujeran sus compromisos político-criminales a reformas de la ley penal —siempre fáciles o, incluso, electoralmente rentables— en clave punitivista, olvidando otros mecanismos jurídicos de prevención que, aunque más complejos y costosos, resultan más eficaces.³⁶

Sin salir del ámbito punitivo, parece necesario, en concreto, que no se cierre el recurso a las penas privativas de libertad³⁷ y que las legalmente previstas sean susceptibles de cumplimiento efectivo. No es necesario que se ejecuten siempre intramuros, pero sí que exista una posibilidad creíble de que así ocurra, lo que resultará relevante para el delincuente “de cálculo”.

Se impone, igualmente, el recurso a las penas de inhabilitación especial de larga duración. En primer lugar, para el funcionario, al que es necesario apartar del entorno que favoreció la comisión del delito.³⁸ Pero también para el particular, que, por consideraciones profilácticas elementales, debe ser separado del ejercicio de la actividad económica que hizo posible su contacto con la Administración Pública.

La inhabilitación profesional del particular debe ir acompañada de otras penas privativas de derechos que refuercen los resultados preventivos esperados, como prohibición de contratar con el sector público, prohibición de recibir subvenciones o ayudas públicas, beneficios o incentivos fiscales o del sistema de previsión social, o prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública.

³³ Acale Sánchez, M., “Delitos contra la Administración Pública (II)”, en Terradillos Basoco, J.M. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial. II*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2016, p. 187.

³⁴ Meini I., “Delitos contra la Administración...”, op. cit., p. 7.

³⁵ Berdugo Gómez De La Torre, I., “Corrupción y Derecho penal, condicionantes internacionales y reformas del Código Penal”, en Demetrio Crespo, E., Y González-Cuellar Serrano, N. (dir.), *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*, Castillo de Luna. Ediciones Jurídicas, Madrid, 2015, p. 66.

³⁶ Jiménez Villarejo, C., “Contra la corrupción: más transparencia, más prevención”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada, nº 9, 2006, p. 535.

³⁷ Jareño Leal, A., “La corrupción en la contratación pública”, en *Pasajes. Revista de pensamiento contemporáneo*, nº 42, 2013, p. 18. Accesible en <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/45549/14-21.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Consulta: 25.07.2016.

³⁸ Vergottini G., “Una road contro...”, op. cit.

Estrategias político-criminales frente a la corrupción política

Y para que las multas puedan resultar suficientemente inhibitorias, han de ser proporcionales al beneficio perseguido en la operación delictiva.³⁹

III.1.2. Derecho procesal penal

Si en España, el Derecho penal sustantivo, que ha puesto en evidencia sus limitaciones, se ha ido reformando con pretensiones de *aggiornamento* y adaptación a una realidad criminológica cambiante, los instrumentos procesales no han seguido ese proceso. La Ley de Enjuiciamiento Criminal, nacida en 1882, ha sido víctima de continuas labores de parcheado —la última, por la Ley 41/2015— que han difuminado sus perfiles originarios, pero no han sido capaces de implementar un engranaje procesal apto para afrontar con agilidad y eficacia las modernas formas de delincuencia. La corrupción pública no es una novedad en nuestra realidad política, pero presenta hoy modalidades que ni remotamente pudieron estar entre los objetivos a los que apuntó el legislador de fines del XIX.

La generalización de la corrupción pública, la utilización del poder político para valerse de todos los resortes que hagan posible la maximización de la rentabilidad económica y que garanticen la impunidad, la frecuente condición de “aforados” de algunos de los responsables, la implicación —en el lado privado— de complejas estructuras empresariales, frecuentemente transnacionales —con la consiguiente discriminación positiva a favor del competidor corrupto⁴⁰— las dificultades de seguir el *iter*; también transnacional, de los fondos constitutivos de instrumentos o de efectos del delito, el escaso entusiasmo por colaborar con la justicia por parte de testigos y peritos que ocupan en el organigrama administrativo puestos subalternos con respecto a sus perseguidos jefes, son, sólo a título de ejemplo, algunos de los factores que obstaculizan materialmente la culminación de los procesos, evitando el pronunciamiento de sentencias condenatorias.

La ausencia de amenaza penal sería a la corrupción política es muy de lamentar, porque ésta es una modalidad específica de criminalidad de cuello blanco y está protagonizada, por tanto, por delinquentes que

analizan costes y beneficios, riesgos y posibilidades: la alta probabilidad de evitar la condena penal, y, si es que llega a pronunciarse, de eludir la ejecución de la pena carcelaria o pecuniaria, o de burlar el decomiso de los bienes, dejan en nada la presunta capacidad desincentivadora de la norma penal.

Para que la conminación penal no quede en agua de borrajas, el proceso penal ha de garantizar la práctica exhaustiva de la prueba —lo que seguramente es factible sólo en un contexto pre-penal de transparencia, motivación y control real de las decisiones administrativas— en el seno de un procedimiento ágil y sin interferencias ajenas.

Es igualmente necesario prescindir de adherencias extraprocesales que mistifican la tramitación de las causas. Ya se ha aludido a la complejidad, real pero también provocada como recurso por parte de las defensas o potenciada por jueces con vocación de “estrella”, que caracteriza a los denominados macro-procesos. Sus límites materiales son indefinibles —a pesar de que la legislación procesal y la doctrina jurisdiccional permiten el enjuiciamiento en piezas separadas que rompan la denominada conexidad de conveniencia⁴¹— y su duración es infinita; parecen, como el parto de los montes, abarcarlo todo, pero están abocados a la nada.

Para responder a estas patologías, la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la Agilización de la Justicia Penal y el Fortalecimiento de las Garantías Procesales, ha flexibilizado los criterios de conexidad de causas, facilitando la tramitación separada y, por ende, más ágil, y ha acortado los plazos de la instrucción penal, lo que ha generado en el colectivo de jueces el temor de que la reforma, en su afán de celeridad a ultranza, pueda redundar en el cierre apresurado de expedientes, actuando como una no deseada “ley de punto final”.⁴²

Por su parte, unos plazos de prescripción excesivamente cortos —que recompensan la artificiosa e interesada prolongación de trámites— pueden, también, enervar la eficacia de los procesos garantizando la impunidad. En un sector de la crimina-

³⁹ Terradillos Basoco J.M., “Mercado y Administración Pública...”, op. cit., p. 155-156.

⁴⁰ Mejías Rodríguez, C.A., *Delitos asociados a la contratación económica*, Ediciones ONBC, La Habana, 2013, p. 7.

⁴¹ Rebollo Vargas, R., y Casas Hervilla, J., “Reflexiones, problemas y propuestas para la investigación de la delincuencia económica”, en *Revista General de Derecho Penal*, Madrid, n° 19, 2013, p. 5-6.

⁴² *El País*, 16.10.2015. Accesible en http://politica.elpais.com/politica/2015/10/15/actualidad/1444895824_705434.html. Consulta: 25.07.2016.

lidad caracterizado por la opacidad y en el que se acumulan las dificultades objetivas de investigación y persecución —y, entre ellas, el poder de que gozan los acusados— la reforma penal de 2010, que elevó los plazos de prescripción de la mayor parte de estos delitos —de tres a cinco años— debe ser positivamente valorada,⁴⁴ en la medida en que responde a la razonable reivindicación de que, en general, los plazos de la prescripción deben ajustarse, entre otros criterios, a la probable dificultad de la investigación y juzgamiento de los delitos a examen.⁴⁵

Igualmente, la proliferación de aforamientos (más de diecisiete mil aforados en España, en agosto de 2014, y casi trescientos mil, si se contabilizaran los miembros de fuerzas y cuerpos de seguridad, que tienen un aforamiento parcial) introduce un elemento perturbador en el enjuiciamiento de servidores públicos susceptibles de ser responsables de delitos de corrupción. Sin embargo, tampoco en este punto parecen imponerse criterios uniformes de política legislativa.⁴⁶

La independencia del Ministerio Fiscal —cuestión que, situada en el plano constitucional, rebasa la problemática del proceso y de la organización del poder judicial— es otro requisito, *sine qua non*, para afrontar el combate contra la corrupción, que es combate contra sujetos detentadores de amplios poderes a cuya influencia perniciosa quizá le resulte difícil sustraerse al propio Ministerio Público.

Por más que en algún sector se siga reivindicando que la actividad de la Fiscalía “no tiene por qué quedar absolutamente desconectada del resultado de las elecciones”,⁴⁷ la dependencia respecto al Poder Ejecutivo del Fiscal General —y a través de él, de la policía

judicial—, plantea serias dudas de compatibilidad con el modelo de división de poderes y, sobre todo, con el respeto al principio de legalidad que ha de presidir la actuación de los acusadores públicos, y más en materia de corrupción. Cuando el *status* constitucional del Ministerio Público se escora hacia la dependencia orgánica o funcional respecto al Poder Ejecutivo, “*toda investigación tendrá como pecado original esta dependencia*”, y topará tanto con la resistencia de los poderes investigados, de los que, a la postre, el fiscal depende, como con la desconfianza de una opinión ante la que los medios harán aparecer toda decisión dirigida a garantizar los derechos del justiciable como claudicación cómplice en favor del poderoso.⁴⁸

La independencia y vinculación al principio de legalidad no puede pretenderse solamente de la cúspide.⁴⁹ Es imprescindible, igualmente, blindar la independencia de los acusadores públicos subordinados, frente a la eventual presión sobre criterios a seguir en un asunto concreto, ya proceda de instancias externas, ya proceda de la propia jerarquía del Ministerio Público.⁵⁰ Y todo ello, naturalmente acompañado de la implantación de los mecanismos legales necesarios para la efectiva exigencia de responsabilidad criminal a los miembros del Ministerio Fiscal, mecanismos que no pueden construirse con los mismos mimbres que conforman la prevaricación de los jueces o de los abogados. Esta exigencia se configura hoy como “*irrenunciable si al fiscal se le termina atribuyendo la función de instructor*”,⁵¹ como apuntan los intentos de reforma de nuestro enjuiciamiento criminal.

Los indultos, alguno de ellos verdaderamente escandaloso,⁵² constituyen un perverso expediente de

⁴³ Rebollo Vargas, Casas Hervilla, “Reflexiones, problemas...”, op. cit., p. 4.

⁴⁴ Valeije Álvarez, I., “Reflexiones sobre la eficacia de los delitos contra la Administración Pública en materia de corrupción urbanística”, en *Cuadernos penales José María Lidón. Corrupción y urbanismo*, Deusto, nº 5, 2008, p. 41.

⁴⁵ GEPC-Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias. Indulto, prescripción, dilaciones indebidas y conformidad procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 13. Accesible en http://www.gepc.es/web/sites/default/files/ficheros/libro15_0.pdf. Consulta: 25.07.2016.

⁴⁶ Terradillos Basoco J.M., “Corrupción, globalización...”, op. cit., p. 29.

⁴⁷ González-Cuellar Serrano, N., “Halcones y palomas: la persecución penal de la corrupción y de la delincuencia económica”, en Demetrio Crespo, E., Y González-Cuellar Serrano, N. (dir.), *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*, Castillo de Luna. Ediciones Jurídicas, Madrid, 2015, p. 520.

⁴⁸ Bustos Gisbert, R., “Corrupción política y Derecho”, en Berdugo Gómez De La Torre, I., y Liberatore Bechara, A.E., (coord.), *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano-brasileña*, Centro de Estudios Brasileños-Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013, p. 69.

⁴⁹ Ferrandis Ciprián, D., Y Teruel García, I., “Corrupción y administración de justicia: una propuesta de reforma”, en Jareño Leal, A. (dir.), *Corrupción pública: cuestiones de política criminal (I)*, Iustel, Madrid, 2014, p. 75-77.

⁵⁰ González Cuellar, “Halcones y palomas...”, op. cit., p. 521.

⁵¹ Álvarez García, F.J., “Introducción a los delitos contra la Administración Pública”, en Álvarez García, F.J., (dir.), *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial. III. Delitos contra las Administraciones Públicas y la Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 41.

⁵² Doval País, A., “Delitos de corrupción pública: indultos y condenas”, en Jareño Leal, A. (dir.), *Corrupción pública: cuestiones de política criminal (I)*, Iustel, Madrid, 2014, pp. 60-62.

Estrategias político-criminales frente a la corrupción política

características arbitrarias demasiado sensible a la “capacidad de presión e influencia política de quienes ejercen el poder político o económico o de los encargados de ejecutar sus instrucciones”.⁵³ Se impone, pues, eliminar la posibilidad de que se concedan por la autoridad política a quienes delinquieron en el ejercicio de sus poderes públicos; lo que, paradójicamente, constituyen un núcleo de delincuentes “sobrerrepresentado en la concesión de indultos”.⁵⁴

Como respuesta al clamor popular que reivindica un replanteamiento global de la institución del indulto y su supresión en materia de corrupción, la LO 1/2015, ha modificado la *Ley de 18 de junio de 1870, de Reglas para el ejercicio de la gracia de indulto*, estableciendo la obligación del gobierno de remitir semestralmente al Congreso de los Diputados un informe sobre concesión y denegación de indultos. Lo que no puede estimarse decisión político-criminal que afronte el problema en toda su complejidad.

En paralelo a los indultos, ha de analizarse el fenómeno de las regularizaciones fiscales, manifestaciones de un derecho de gracia encubierto que privilegian a los defraudadores. El Real Decreto-ley 12/2012, de dudosa constitucionalidad,⁵⁵ premió, en la línea de otras amnistías fiscales acordadas por gobiernos anteriores, a los grandes infractores, permitiéndoles regularizar los capitales evadidos y gravando la operación con un tipo impositivo (10%) muy inferior al general: no sólo se les otorgó inmunidad penal, también disfrutaron un tratamiento fiscal de favor.⁵⁶

Con carácter general, es indispensable dotar a la justicia penal de medios idóneos proporcionales a la amenaza que representa en España la corrupción política. Más jueces, pero también más peritos especializados, más policía judicial experimentada en la materia y más recursos para la Fiscalía Anticorrupción.⁵⁷ Sólo un dato: según la OCDE, para equiparar la Administración tributaria española con la media europea, se necesitaría incrementar las plantillas con más de veintiséis mil nuevos funcionarios. Es obvio

que mientras los corruptos cuenten con más medios para eludir la acción de la justicia de los que tiene el sistema público para perseguirlos, la batalla contra la corrupción puede darse por definitivamente perdida.

La potenciación de medios técnicos y humanos incorporados al proceso penal aparece también como condición necesaria para acometer la superación de una de las tradicionales limitaciones de nuestro modo de afrontar la corrupción: la irrecuperabilidad de los fondos ilegítimamente sustraídos al control público. Las responsabilidades civiles son, en efecto, objeto de más que frecuente elusión, lo que, en delitos de enriquecimiento, supone tanto como despreciar los derechos de los damnificados (en el caso de la corrupción política, los derechos de todos) y renunciar a los efectos preventivos derivados de la amenaza, dirigida al eventual delincuente, de evanescencia de la rentabilidad económica del delito.

El carácter supranacional de la criminalidad económica organizada, presente en los *affaires* de corrupción más graves, requiere una respuesta jurisdiccional que actúe con agilidad por encima de las fronteras nacionales, superando los tradicionales obstáculos que a la eficacia en la persecución de estos delitos ha colocado la reivindicación del espacio criminal como coto exclusivo de la soberanía nacional. Si una de las reglas de oro de la globalización es la libre circulación de capitales, carece de alegatos justificantes la pretensión de elevar interesadas barreras fronterizas a la persecución penal de quienes delinquen aprovechando precisamente las facilidades que brinda la deslocalización de actividades, de centros de imputación personal y de beneficios. Hay que concluir, pues, reivindicando la definitiva instalación en la materia del principio de jurisdicción universal, así como la implantación de espacios de auténtica colaboración judicial, tanto en las tareas de investigación criminal como en lo referente a la extradición, necesaria para dotar de dimensión práctica a las políticas de armonización de la legislación penal sustantiva.⁵⁸

⁵³ GEPC, *Una alternativa a...*, op. cit. p. 11.

⁵⁴ Álvarez García F. J., “Las prioridades de la justicia criminal”, en Álvarez García, F.J. (dir.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 45.

⁵⁵ Abel Souto, M., “El blanqueo de dinero: problemática actual española, con anotaciones de Derecho comparado estadounidense”, en Demetrio Crespo, E., y González-Cuellar Serrano, N. (dir.), *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*, Castillo de Luna. Ediciones Jurídicas, Madrid, 2015, pp. 158-159.

⁵⁶ Terradillos Basoco J.M., “Cuatro décadas de política criminal en materia socioeconómica”, en Demetrio Crespo, E. (dir.), *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, Edisofer-BdeF, Madrid, 2014, pp. 62-63.

⁵⁷ Rebollo Vargas, Casas Hervilla, “Reflexiones, problemas...”, op. cit., p. 18.

⁵⁸ Terradillo Basoco J.M., “Corrupción, globalización...”, op. cit., p. 33.

III.2. Control político

A pesar de sus limitaciones, resulta imprescindible que las leyes penales, sustantivas y procesales, aporten, con realismo, instrumentos dinámicos para hacer frente a las nuevas formas de la omnipresente corrupción. Pero, quizá como en ningún otro sector de la criminalidad, dada la capacidad de autoprotección de los sujetos implicados, la eficacia ha de buscarse extramuros del sistema penal. El núcleo de la lucha contra la corrupción pública se traslada de la política criminal *stricto sensu* al control político, por parte de la ciudadanía —primera interesada en eliminarla⁵⁹—, y al administrativo, mediante instrumentos de seguimiento e inspección de la gestión pública que la hagan más transparente.⁶⁰

Pero las recomendaciones y compromisos internacionales en esta dirección han tenido acogida limitada. Ya en abril de 2003, el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO) adoptó una Recomendación, que fue suscrita por España, relativa a las medidas que deberían adoptar los Estados en sus respectivas legislaciones nacionales para combatir la lacra de la corrupción política. Unos años más tarde, el Informe GRECO de 2014 pudo constatar que en España se habían registrado los primeros avances en la aplicación de un paquete integral de medidas contra la corrupción, especialmente en materia de supervisión de la financiación de los partidos políticos y de modernización y transparencia de las administraciones públicas. Pero, se advierte en el Informe, estos pasos, “*para ser plenamente efectivos, deberán complementarse con un planteamiento coherente ... que vaya más allá de medidas puramente legislativas para abordar la corrupción de forma global*”.⁶¹

El control de la gestión pública, a través inicialmente, de la transparencia, no puede quedar limitado al aparato administrativo, sino que debe extenderse a todos los agentes que, *de facto*, tienen facultades de decisión en la materia. Y dada la centralidad de los partidos políticos entre las instituciones de los sistemas democráticos,⁶² su protagonismo no puede quedar marginado cuando se pretende implementar estrategias anti-corrupción eficaces.

En esta línea, Transparencia Internacional España propuso, a finales de 2014, la adopción de un heterogéneo catálogo de medidas “*drásticas y urgentes*” contra la corrupción detectada en los centros de poder de las administraciones públicas y, específicamente, en los partidos políticos. Tras la constatación de que “*el poder tan generalizado de los partidos, el control del Poder Legislativo, así como el de todos y cada uno de los niveles de gobierno y, sobre todo, el control de la composición de las más altas instituciones del Estado, merma el Estado de Derecho, limita sustantivamente el ejercicio real de la democracia y deja escaso margen en la práctica a los ciudadanos para decidir sobre la marcha de la sociedad*”, Transparencia Internacional España sugería medidas dirigidas a garantizar la transparencia económica de los partidos políticos (publicación de cuentas anuales en internet; préstamos bancarios publicitados y no condonables; prohibición de donaciones por parte de empresas sometidas a licencia o regulación y receptoras de subvenciones públicas) y la transparencia electoral (listas desbloqueadas o abiertas; cese de cargos públicos acusados en proceso penal; control y limitación de gastos electorales y sanciones por los excesos), así como a implementar un marco jurídico e institucional adecuado para prevenir y combatir la corrupción (la toda condena penal debe llevar aparejada inhabilitación especial de larga duración; limitación de mandatos en los cargos políticos; protección jurídica de ciudadanos denunciantes, en la vía ya adelantada por la *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción* de 2003; despolitización del Tribunal de Cuentas y del Consejo General del Poder Judicial; regulación de aforamientos e indultos para evitar que se conviertan en garantía de impunidad para los corruptos; e introducción en los distintos niveles educativos de contenidos éticos, de valores y contra la corrupción).⁶³

En tan amplio catálogo de propuestas, sólo una era de naturaleza criminalizadora: “*Tipificar jurídicamente el delito de financiación ilegal de los partidos políticos*”. Se trata de una opción de política penal en sentido estricto, puesto que comporta una mera reforma legal, pero teleológicamente dirigida a un

⁵⁹ Mejías Rodríguez C.A., *Delitos asociados...* op. cit., p. 7.

⁶⁰ Muñoz Conde F., *Derecho penal...* op. cit., p. 873.

⁶¹ GRECO, *Informe de la lucha contra...* op. cit., p. 1.

⁶² Maroto Calatayud M., *La financiación ilegal...* op. cit., p. 112.

⁶³ http://webantigua.transparencia.org.es/partidos_politicos/nota_ti_contra_corrupcion.pdf. Consulta, 25.07.2016.

Estrategias político-criminales frente a la corrupción política

objetivo político-criminal más amplio: creación de instrumentos que hagan posible la transparencia de lo público y el control ciudadano.

El eco de estos llamamientos, y de otros semejantes surgidos en diversos sectores de la sociedad civil, movió al legislador español a modificar el Código Penal en un doble sentido.

En primer lugar, la LO 7/2012 reformó el art. 31 bis, abriendo la posibilidad de exigencia de responsabilidad criminal, como si fueran una persona jurídica más, a los partidos políticos. No fue una decisión acertada, por cuanto traspasar mecánicamente al ámbito del control político una respuesta legislativa nacida y desarrollada, tanto en Derecho español como en el comparado, para hacer frente a la delincuencia organizada de las grandes corporaciones mercantiles, no garantiza ni su aplicabilidad ni su idoneidad. Por el contrario, las perspectivas que así se abrieron de judicializar, por vía penal, el control político del ejercicio de los derechos de asociación y de participación, mediante la criminalización de partidos y sindicatos, remiten a las imágenes del caballo de Troya, incontrolable una vez que ha sido admitido en el sistema penal común, apelando, una vez más, a la ideología de la emergencia.⁶⁴

En segundo lugar, se ha atendido la recomendación de tipificar el delito de financiación ilegal.

Ya la LO 5/2012, de 22 de octubre, se propuso reforzar las competencias del Tribunal de Cuentas, a cuya fiscalización queda sometida la actividad ordinaria de los partidos políticos y los procesos electorales ya celebrados, en la conciencia de que “*el mejor antídoto contra la financiación irregular es el refuerzo de los mecanismos de control y la potestad sancionadora del supremo órgano fiscalizador y de enjuiciamiento de la responsabilidad contable de quienes tienen a su cargo el manejo de caudales públicos*”.

Pero sería la LO 1/2015 la que introdujera en el CPE un nuevo Título, denominado “*De los delitos de financiación ilegal de partidos*”, con el fin de “*dar respuesta penal a la necesidad de definir un tipo penal específico para estos actos delictivos*”. La doctrina ha podido señalar, sin embargo, aspectos notoriamente mejorables: la tipificación se limita a ciertas moda-

lidades de donaciones ilegales de carácter privado, dejando al margen comportamientos vinculados a la financiación ilegal, como el falseamiento de cuentas, la doble contabilidad o la ocultación de activos; el tipo básico solo prevé pena de multa sin que ninguna de las modalidades típicas esté castigada con inhabilitación especial; la definición de los comportamientos prohibidos se realiza mediante remisiones *in totum* a la *Ley Orgánica de Financiación de Partidos Políticos*, con las dificultades aplicativas que tal técnica comporta; y no se criminalizan modalidades de financiación ilegal que, valorativamente, son equiparables en gravedad, si no superiores, a las criminalizadas: es el caso de las condonaciones de créditos, las operaciones asimiladas, las donaciones inferiores a 50.000 euros efectuadas por personas físicas que, en ejercicio de una actividad económica o profesional, tengan un contrato vigente con el sector público, o las donaciones ilegales de bienes inmuebles.⁶⁵

Finalmente, hay que aludir a otra imprescindible reforma legal dirigida a terminar, a través del control político, con el fenómeno coloquialmente conocido como “puertas giratorias”. Consiste en el tránsito a empresas privadas de altos servidores públicos que, en su condición de tales, tuvieron relación institucional con aquéllas. En ocasiones, el acceso a la función pública vino precedido de actividad privada en los mismos sectores a los que, tras el paso por la Administración Pública, se regresa.

Para evitar que quienes toman las decisiones políticas corran el riesgo de verse condicionados por intereses personales vinculados a su posterior paso al sector privado, la *Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado*, veta a los altos cargos el ejercicio de actividades privadas relacionadas “*directamente con las competencias del cargo desempeñado*” durante los dos años siguientes a su cese en el mismo (art. 8.1). Aunque, incluso dentro de ese plazo, la Oficina de Conflictos de Intereses podrá autorizar la compatibilidad de la actividad que los ex-altos cargos pretendan realizar.

No parece, sin embargo, que la situación real sea satisfactoria. En vigencia de la *Ley 5/2006*, cuarenta

⁶⁴ Terradillos Basoco, J.M., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Álvarez García, F.J. (dir.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 174.

⁶⁵ Hava García, E. (2016), “Financiación ilegal de partidos políticos”, en Terradillos Basoco, J.M. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial. I*, 2ª edic., Lustel, Madrid, 2016, p. 455-456.

y tres altos cargos, entre los que se encuentran los expresidentes del gobierno González y Aznar, se han integrado en los consejos de administración de las grandes empresas eléctricas. Un fenómeno semejante de proclividad a la confusión de intereses privados y públicos se ha producido en el campo de la sanidad. Estas idas y venidas, advierte el GRECO, “*ilustran la necesidad de mejorar los mecanismos de verificación de bienes e intereses*”.⁶⁶

IV. Políticas económicas

Las políticas hasta ahora aludidas, que actúan en el plano penal, en el procesal, en el de control o en el de la transparencia, van dirigidas sustancialmente a evitar que el político, en cuanto servidor público titular —por delegación de sus administrados⁶⁷— de poderes que sólo se legitiman en la medida en que sean ejercidos en pos de intereses colectivos legalmente definidos, los utilice en desmedro de su función originaria.

Son políticas imprescindibles, pero no suficientes. Si, como se adelantó, la corrupción es una modalidad de criminalidad económica, las políticas preventivas no pueden limitarse a actuar sobre los instrumentos; han de hacerlo también sobre el modelo económico que impulsa su utilización espuria. Y no hacerlo es tanto como aceptar *a priori* la modestia de los resultados.

Si se examinan los sucesivos informes que sobre corrupción emiten periódicamente las distintas agencias especializadas, se deduce que, en buena medida, la gran criminalidad económica ligada a la corrupción pública ha permanecido blindada, de hecho, frente al sistema penal. Ciertamente desde 1977, fecha de promulgación de la *Foreign Corrupt Practices Act*, la mayoría de los países económicamente relevantes se han venido dotando de legislación específica en la materia.⁶⁸ Incluso son numerosas las disposiciones, de diferente naturaleza normativa, adoptadas por diversos organismos y convenciones internacionales como instrumentos para combatir la corrupción política.⁶⁹

Y, sin embargo, no puede decirse que la proliferación normativa haya venido acompañada por el éxito preventivo.

En España la crisis económico-financiera, patente, al menos, desde 2008, aunque gestada con antelación, ha venido acompañada, cuando no tutelada, desde las administraciones públicas y los grandes partidos, que han sido cómplices e instrumentos de estrategias delictivas desplegadas por intereses económicos que, superponiéndose a los públicos, han resultado inmunes al control político de los ciudadanos. Ciertamente que, a finales de 2014, casi 2.000 políticos estaban imputados en 150 procesos penales, por delitos relacionados con el ejercicio de su cargo, lo que puede ser indicativo de cierta capacidad de reacción del sistema penal frente al delito ya ejecutado; pero este dato no desmiente la consideración de su fracaso preventivo, más bien la refuerza. Así, un informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial el 13 de marzo de 2015, constataba que “*la ineficiencia de la justicia penal frente a los fenómenos de corrupción es patente*”, quizá por la penuria de medios que, en relación a este objetivo, moviliza la administración de justicia.⁷⁰

No es posible intentar aquí un análisis de los elementos de nuestra realidad económica que actúan como factores coadyuvantes a la corrupción. Baste con aludir a algunos de los más llamativamente relacionados con ella.

a) La desregulación, que es una de las características de la globalización económica, y es el caldo de cultivo ideal para garantizar la primacía de la economía —privada— sobre las políticas públicas.

Sin tapujos, desde las trincheras ideológicas del ultraliberalismo se subraya cómo los entornos desregulados e incluso corruptos también pueden constituir un ámbito confortable y atractivo para las inversiones que buscan, ante todo, alta y rápida rentabilidad. Recuérdese, al respecto, la contundente sentencia de Huntington: “*In terms of economic growth, the only thing worse than a society with a rigid, overcentralized, dishonest bureaucracy is one with a rigid, overcentralized, honest bureaucracy*”.⁷¹

⁶⁶ GRECO, *Informe de la lucha contra...* op. cit., p. 12.

⁶⁷ Muñoz Conde F., *Derecho penal...* op. cit., p. 871.

⁶⁸ Berdugo Gómez De La Torre, I., “Corrupción y Derecho penal...”, op. cit., p. 59-65.

⁶⁹ Demetrio Crespo, E., “Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública”, en Ferré Olive, J.C., (edit.), *Fraude y corrupción en la Administración Pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, vol. 3, ed. Universidad de Salamanca, 2002, pp. 178-182.

⁷⁰ Abel Souto, M., “El blanqueo de dinero...”, op. cit., p. 146.

⁷¹ Huntington, S.P., *Political Order in Changing Societies*, Yale University Press, London, 1968, p. 69.

Estrategias político-criminales frente a la corrupción política

Por consiguiente, no es necesario recurrir a la corrupción cuando la tutela de los intereses privados en un marco desregulado no se va a ver dificultada por el intervencionismo público. Y si quedaran en pie obstáculos a esa prevalencia, la corrupción se advera como instrumento idóneo para salvarlos, en nombre de la eficiencia, que prefiere la comodidad de convivir con administraciones deshonestas, y por tanto corruptibles, que topar con poderes políticos que, en coherencia con los valores que han de defender, se niegan a supeditar los intereses de todos a los de unos cuantos.⁷²

Las inevitables consecuencias globales de la desregulación se concretaron, a partir de 2006, inicialmente en el “*homicidio negligente*” del sistema financiero americano⁷³ y en la quiebra posterior de una banca que, en los países occidentales, venía actuando al abrigo de cualquier control público y que desencadenó una crisis económica de consecuencias ingentes. Con la complicidad de las administraciones públicas, que prefirieron, mientras la bola de nieve se engrosaba a ojos vista, mirar hacia otro lado, supeditando la tutela de los intereses colectivos, que a la postre resultarían gravemente dañados por la crisis —sanidad, asistencia social, educación, etc.—, a la garantía de las ganancias de los sujetos económicos más adaptados al mercado desregulado. En ese momento, el capital financiero.⁷⁴

En ese entorno desregularizado, las grandes líneas de la política económica —que determina todas las demás políticas— no las fijan los poderes públicos en coherencia con los principios constitucionales, sino grandes conglomerados económicos que se constituyen como los auténticos centros de poder y que imponen sus decisiones —privadas— a Estados necesitados de una convivencia amable con ellos, en la medida en que están atenazados por una deuda pública que, como en el caso de España, supera el producto interior bruto.

El retroceso de las políticas locales, vinculadas a la soberanía estatal, en provecho de las economías globales, es patente en el Acuerdo Transatlántico para el

Comercio y la Inversión, que actualmente negocian los Estados Unidos de América y la Unión Europea, y que pretende consolidar y blindar —sin que eventuales cambios en las mayorías políticas pudieran modificarlo— un auténtico mercado transatlántico, sobre el escrupuloso respeto a los principios neoliberales. Hasta tal punto se entronca la desregulación como principio rector, que se sustraen a los Estados las competencias regulativas de sectores estratégicos, como la banca, los seguros, los servicios postales o las telecomunicaciones. Incluso se privatiza la justicia, al quedar sometidas las discrepancias sobre inversiones exteriores a procedimientos arbitrales privados.⁷⁵ El contenido del Acuerdo ha podido ser valorado en su conjunto como “...*a full-frontal assault on democracy. Brussels has kept quiet about a treaty that would let rapacious companies subvert our laws, rights and national sovereignty*”.⁷⁶

En el marco desregulado, el sistema público reduce sus ámbitos competenciales y minimiza sus objetivos. De este modo, los principios políticos propios del Estado social y democrático de Derecho resultan progresivamente enervados, y la ley del máximo lucro ocupa su lugar. Así, más que franquear un portillo a la corrupción, se abre una anchurosa puerta a la prevalencia —legalizada por omisión— de lo privado sobre lo público.

De ahí que el primer paso de una política preventiva de la corrupción que pretenda cotas aceptables de eficacia sea el fortalecimiento de la regulación pública de la actividad económica, una vez que se acepta pacíficamente que la *lex mercatoria*, presentada como principio racionalizador para la asignación rentable de recursos, en la práctica se confunde con la ley de la selva, en la que el pez grande —el que mejor compete— termina comiéndose al pez chico —el perdedor disfuncional. Sobre todo si el competidor más fuerte cuenta con la anuencia de servidores públicos que abdican de su cometido de tutela del que lo es menos.

b) Los mercados no están empeñados en la lucha contra el crimen, sino en la obtención de la máxima

⁷² Terradillos Basoco J.M., “Cuatro décadas...”, op. cit., p. 49.

⁷³ Ekaizer, E., *Indecentes. Crónica de un atraco perfecto*, 2ª edic., Espasa, Madrid, 2012, pp. 71-72.

⁷⁴ Terradillos Basoco J.M., “Política criminal de materia socioeconómica: hacia el Derecho penal de la exclusión”, en Medina Cuenca, A. (coord.), *El Derecho penal de los inicios del Siglo XXI en la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional. Libro homenaje al Dr. Ramón de la Cruz Ochoa, presidente de Honor de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales*, Unijuris, La Habana, 2014, pp. 80-83.

⁷⁵ http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/december/tradoc_151991.pdf. Consulta: 25.07.2016.

⁷⁶ Monbiot, G., “This transatlantic trade deal is a full-frontal assault on democracy”, en *The Guardian*, 4.11.2013. Accesible en <http://www.theguardian.com/commentisfree/2013/nov/04/us-trade-deal-full-frontal-assault-on-democracy>. Consulta: 25.07.2016.

rentabilidad. Fijan sus reglas autónomamente, definen los criterios valorativos hegemónicos y deciden los consiguientes premios y castigos.

El marco económico crea sus propias modalidades de delincuencia y la forma en que se articula la respuesta pública —punitiva o no— está en relación al conjunto de determinaciones sociales y políticas.⁷⁷ Allí donde no se implementan controles sobre la economía lícita, no cabe el control eficaz de la ilícita, por cuanto la gran criminalidad económica mezcla agentes, actividades y organizaciones que actúan a un lado y a otro de la difusa frontera que separa lo exitoso —tanto más valorado cuanto ingente e imprevisto— de lo ilegal. Lo que parece coherente con un entorno en el criterio determinante de lo que debe ser prohibido no es su dañosidad, sino su incompatibilidad con las exigencias de la *lex mercatoria* y con las reglas del mercado progresivamente desregulado. En definitiva, puros criterios de funcionalidad, que inspiran políticas públicas integradas en estrategias económicas privadas de reducción de costes y difuminación de responsabilidades.⁷⁸

c) Es esa funcionalidad la que fija los criterios de identificación de la corrupción que puede ser asumida por el sistema. Lo que resulta particularmente visible en ciertos ámbitos, como puede ser el de la respuesta institucional al fraude fiscal. Mientras que las leyes penales de todos los países de nuestro círculo de cultura tipifican —aunque también abren puertas a la impunidad⁷⁹— las formas más graves de defraudación tributaria, treinta y cinco de las primeras empresas del mundo, utilizaron, justamente cuando el actual presidente de la Comisión Europea, Jean-Claude Juncker, era Ministro de Finanzas y, luego, Primer Ministro de Luxemburgo, complejas estructuras financieras para canalizar beneficios a través de filiales en el Gran Ducado, con lo que evitaron pagar impuestos notoriamente más gravosos en los Estados en los que se realizó su actividad económica.⁸⁰ El procedimiento no

es nuevo: Apple, por ejemplo, tributó en 2011 menos del 2% por los beneficios obtenidos fuera de USA.⁸¹

No parece creíble, a la vista de estos antecedentes, que el fraude fiscal, tantas veces vinculado a la corrupción de los funcionarios y autoridades encargados de perseguirlo, esté a punto de ser controlado. Al menos en España.⁸²

d) La economía informal, con obvios efectos negativos en el plano tributario, revela sus perfiles más dañinos cuando reviste la forma de trabajo sumergido. Su importancia en España es considerable: el millón ochocientas mil personas que engrosan la bolsa del trabajo sumergido estarían generando el 18.6 % del producto interior bruto, el doble que en Francia o Inglaterra. La relevante presencia del trabajo “desregularizado” —tanto que se realiza de espaldas a la ley— se corresponde con la debilidad de la Administración: en España hay 40 inspectores laborales por cada millón de habitantes. Está probado que la mayor presencia del trabajo no declarado se corresponde con elevados niveles de corrupción del sector público. Por el contrario, y desdiciendo las propuestas neo-liberales, en los países en los que se registra un mayor gasto en protección social y en intervenciones en el mercado laboral para ayudar a los grupos más vulnerables de dicho mercado, la presencia de la economía sumergida es menor.⁸³ Expresado más directamente: la corrupción es leal compañero de viaje del trabajo clandestino, que garantiza pingües beneficios al emprendedor-explotador, aunque sea a costa de la leal competencia empresarial, de las posibilidades recaudatorias del erario público, y, sobre todo, en un modelo constitucional, de los derechos de los trabajadores.

e) Algo semejante ocurre en materia medioambiental: las prácticas gravemente contaminantes, mantenidas en el tiempo, al igual que la mayor parte de los delitos urbanísticos, no serían posibles sin una Administración Pública que, generosamente incentivada por industriales y promotores inmobiliarios, mire

⁷⁷ Virgolini, J., “Los delitos de cuello blanco”, en Terradillos Basoco, J.M, Y Acale Sánchez, M., (coord.), *Nuevas tendencias en Derecho penal económico*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2008, p. 57.

⁷⁸ Terradillos Basoco J.M., “Cuatro décadas de...”, op. cit., p. 55.

⁷⁹ González Agudelo, G., “Defraudación tributaria”, en Terradillos Basoco J.M. (coord.) *Derecho Penal. Parte Especial (Derecho Penal Económico)*, 2ª ed., IUSTEL, Madrid, 2016, pp. 213-215.

⁸⁰ *The Wall Street Journal*, 10.12.2014; en <http://lat.wsj.com/articles/SB10619504511798443808104580329051672039466?tesla=y&m=g=reno64-wsj&url=http://online.wsj.com/article/SB10619504511798443808104580329051672039466.html>. Consulta: 25.07.2016.

⁸¹ *BBC*, 2.11.2012; en <http://www.bbc.co.uk/news/business-20197710>. Consulta: 25.07.2016.

⁸² Terradillos Basoco J.M., “Corrupción, globalización...” op. cit., p. 41-42.

⁸³ Randstad, Informe anual sobre la flexibilidad laboral y el empleo 2014; en <http://www.randstad.es/tendencias360/informe-flexibilidad-en-el-trabajorandstad-2014>. Consulta: 25.07.2016, pp. 23-33.

Estrategias político-criminales frente a la corrupción política

hacia otro lado o, incluso, coopere a la ocultación o legalización de lo que, a todas luces, es delictivo. Pero si los grandes países industrializados, que son los más contaminantes, se niegan a suscribir en su integridad los tratados de protección global del medio ambiente y a sufragar las medidas contra la polución que ellos mismos generan, es inútil la criminalización en Derecho interno. Por otra parte, los Estados firmantes y que asumen sus obligaciones internacionales, no se sentirán inclinados a obligar a sus funcionarios a controlar con rigor a sus empresas infractoras, ya que, de hacerlo, no podrían éstas competir, en el mercado global, con las de los Estados insolidarios.⁸⁴

Así, la desprotección penal del medio ambiente está estructuralmente garantizada; más, como se ha denunciado, “esta paralización... .. no es una especie de falla, es decir una perturbación fuera de la lógica de la evolución, producida por un accidente desafortunado, sino que forma parte plenamente de la dinámica evolutiva que ha conducido a la globalización”.⁸⁵

f) Corrupción económica y política van juntas.⁸⁶ Los modelos dictatoriales aportan, paradigmáticamente, la evidencia de esta simbiosis.⁸⁷

No es necesario, sin embargo, acudir a regímenes políticos *de facto* para detectar la presencia de una corrupción pública impulsada por los intereses de grandes sujetos económicos privados que buscan el lucro a cualquier precio. Y lo consiguen haciendo beneficiarios de ese precio a los titulares del poder político. La complacencia de quienes lo detentan puede verse arropada, incluso, por un entorno cultural e ideológico en el que, desde la concepción patrimonialista del poder, se considera la dádiva entregada al funcionario no como elemento distorsionador, sino como adecuada retribución al amigo.⁸⁸

También en la cultura política de los países occidentales se registra, aunque respondiendo a patrones ideológicos y valorativos distintos, un nivel semejante de connivencia con la corrupción. En efecto, en la historia del capitalismo, “la apropiación de lo público por lo privado es más una regla. Las empresas calculan la corrupción para obtener una ganancia. Así, si tengo que ganar con una obra, voy a usar todos los métodos disponibles. Un buen empresario es el que hace la obra y la hace lucrativa”.⁸⁹ Y no hay que olvidar que la *lex mercatoria* no entroniza valores, crea y garantiza los marcos en que pueden triunfar los “buenos empresarios”.

En ocasiones se han superpuesto las dos situaciones: la identidad cultural tolerante con la corrupción se ha visto espoleada, cuando no generada, por la liberalidad del primer mundo que en nombre de las buenas relaciones comerciales y de la eficiencia, ha venido destinando cuantiosas partidas a “aceitar” —el término es de Eduardo Galeano— los negocios con el exterior y, de pasada, las voluntades de los corruptos poderes locales.⁹⁰ El paradigmático caso de SIEMENS A.G., en 2008, reconociendo sobornos de millones de dólares a funcionarios de varios países, con el argumento de que la corrupción era vital para la competitividad de la empresa, es sólo un botón de muestra.⁹¹ Y será la maleabilidad de los poderes locales, manifestada y prolongada en políticas legislativas de inhibición frente a la corrupción, la que determine la política de *jurisdiction shopping* practicada por los inversores foráneos, públicos o privados, siempre proclives a implicarse más intensamente con los entornos más tolerantes, con las prácticas corruptas.⁹²

Se dan así las condiciones para la confusión entre los valores del mercado —donde sólo interesa el

⁸⁴ Terradillos Basoco J.M., “Corrupción, globalización...” op. cit., p. 43.

⁸⁵ Schünemann, B., “El Derecho en el proceso de la globalización económica”, en Moreno, M., (coord.), *Orientaciones de la política criminal legislativa*, Inacipe, México D.F., 2005, p. 8.

⁸⁶ Terradillos Basoco J.M., “Cuatro décadas de...”, op. cit., p. 67.

⁸⁷ Hurtado Pozo, J., “Globalización y delincuencia organizada”, en Moreno, M. (coord.), *Orientaciones de la política criminal legislativa*, Inacipe, México D.F., 2005, p. 27.

⁸⁸ García López, E., “La corrupción ¿Un problema jurídico o un estadio sociológico-moral?”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, 2014 (35), p. 69.

⁸⁹ Pedreira Campos, P.H., “La empresa que sabe usar la corrupción crece más”; en *Sinpermiso*, 2014, 14.12.2014. Accesible en <http://www.sinpermiso.info/textos/index.php?id=7568>. Consulta: 25.07.2016.

⁹⁰ Galeano, E., *Patatas arriba. La escuela del mundo al revés*, 1ª ed., Catálogos, Buenos Aires, 2006, p. 159.

⁹¹ Benito Sánchez, D., “Prevención y sanción de la corrupción de funcionarios públicos extranjeros e internacionales en los instrumentos legales supranacionales”, en Demetrio Crespo, E., Y González-Cuellar Serrano, N. (dir.), *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*, Castillo de Luna. Ediciones Jurídicas, Madrid, 2015, p. 181.

⁹² Pérez Cepeda, A.I., y Benito Sánchez, D., “La política criminal internacional contra la corrupción”, en Berdugo Gómez De La Torre, I., y Liberatore Bechara, A.E., (coord.), *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano-brasileña*, Centro de Estudios Brasileños-Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013, p. 15.

éxito— y los propios del Estado social y democrático de Derecho —igualdad material de individuos y grupos, solidaridad— o, por mejor decir, la supeditación de éstos a aquellos. La corrupción que lleva al éxito, por encima de otros valores subalternos, terminará siendo socialmente tolerada o considerada no relevante. Si las manifestaciones más intolerables de la denominada corrupción “negra” suscitan una actitud de rechazo, la corrupción “blanca” o “gris” convive con la cotidianeidad y goza incluso de complicidad electoral.⁹³

Frente a esa corrupción, consistente en modos criminales de hacer política que se expresan en la apropiación por algunos de lo que es de todo,⁹⁴ no debería haber en los Estados democráticos la inhibición. No en la medida en que la dañosidad de la corrupción política es, además de ingente, expansiva.

g) En el plano puramente económico la corrupción activa un mecanismo multiplicador: el empresario que no corrompe, no puede competir. Ha de abandonar el campo de batalla en manos del competidor desleal, que dedica sus recursos no al desarrollo de tecnologías innovadoras, a modos de producción sostenible o a favorecer las condiciones necesarias para un trabajo decente, sino a sobornar. Los fondos públicos, a su vez, sufragán, con injustificables sobrepagos, proyectos inidóneos y terminan imponiéndose las opciones menos eficientes. Así lo muestra el dato, reiterado en todas las investigaciones, de que máxima corrupción coincide con máxima pobreza, mientras que las condiciones de vida más aceptables se dan en los países que registran menores índices de degradación en sus administraciones públicas.⁹⁵

A la lesividad económica acompaña, en efecto, la degradación política. Conviene tener presente, porque resulta de capital importancia en el marco de un Estado de Derecho, que, más allá de imposibilitar el desarrollo económico y social, la corrupción política es incompatible con la presencia y funcionamiento de las instituciones democráticas.

Finalmente, la realidad demuestra que frecuentemente ambas consecuencias de la corrupción caminan juntas, compartiendo tanto el espacio económico

como el político. En efecto, la mundialización impone la transferencia de riesgos —por ejemplo, ambientales o financieros— y de la extorsión social —en forma de degradación salarial o sindical— a los entornos económicamente más débiles. Que sólo los aceptarían en la medida en que un poder autóctono así lo imponga. La gran corrupción política será la forma generalmente más eficaz de obtener su cooperación. Simultáneamente, el poder corrupto se ve obligado a ocultar su carencia de legitimidad acallando, mediante estrategias de contrainsurgencia apoyadas por la metrópoli, a sus detractores. El autoritarismo así generado o potenciado cierra el círculo, auténtico círculo vicioso, al consolidar y ampliar las posibilidades de los corruptores.⁹⁶

V. Epílogo

La lucha contra la corrupción política está condenada al fracaso si no se corresponde con una conciencia social colectiva identificada con los valores y principios democráticos, intolerante con presuntos servidores públicos que son en realidad palafreneros de intereses privados incompatibles con aquellos, y decidida a castigar electoralmente a los candidatos corruptos o corruptores.

Pero los valores políticos democráticos no pueden arraigar socialmente en contextos en los que prevalecen otros, vinculados a las estructuras económicas, de signo diametralmente opuesto, por cuanto la globalización neoliberal pretende “eliminar del terreno de juego los bienes públicos y comunes, la intervención pública y la política social, todo en aras del reino libre del mercado”.⁹⁷

Cuando las tradicionales estrategias públicas frente a los delitos de corrupción política han demostrado ya su inidoneidad preventiva, la realidad económica globalizada, escorada vocacionalmente hacia la inhibición en materia de principios políticos, valores constitucionales y derechos sociales, dibuja un panorama ideológico tolerante con la supeditación de lo público-colectivo a lo económico-privado y proclive a la corrupción, que pone a la política criminal ante

⁹³ Almoquera Carreres, “Corrupción y mercados...”, op. cit., 333.

⁹⁴ Virgolini J., Los delitos de cuello.... op. cit., p. 62.

⁹⁵ Pérez Cepeda, A.I., y Benito Sánchez, D., “La política criminal...”, op. cit., pp. 19-20.

⁹⁶ Terradillos Basoco J.M., “Cuatro décadas...”, op. cit., p. 68.

⁹⁷ Vicente Giménez, T., y Berzosa Alonso Martínez, C., “El triunfo de las finanzas capitalistas y el deterioro de los derechos sociales y de los derechos ecológicos”, en *Jueces para la Democracia*, Madrid, nº 80, 2014, p. 20.

Estrategias político-criminales frente a la corrupción política

una disyuntiva radical: o amigable vecindad con la corrupción o intervenciones en la estructura económica diseñada por la globalización neo-liberal.

Si el modelo económico, desregulado y sin más valores que los representados por el becerro de oro, es caldo de cultivo de la corrupción política, habrá que afrontar la lucha contra ésta implementando políticas de amplio espectro que vayan a las raíces.

Se trata de la consecuencia inevitable de constatar que la corrupción, en cuanto delito, tipificado o tipificable en las leyes penales, es un problema jurídico y político-criminal, pero en cuanto destrucción de la ética colectiva, es un problema político-sociológico que refleja la degradación de una sociedad que no cree en los valores ni respeta las reglas que oficialmente proclama. La respuesta a la corrupción, en este nivel, “*exige recuperar lo que todavía está vivo de nuestro sistema de legitimidad y servirse de ello para recobrar los valores de la democracia mediante el expediente de podar lo que está muerto*”.⁹⁸

VI. Bibliografía

- Abel Souto, M., “El blanqueo de dinero: problemática actual española, con anotaciones de Derecho comparado estadounidense”, en Demetrio Crespo, E., y González-Cuéllar Serrano, N. (dir.), *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*, Castillo de Luna. Ediciones Jurídicas, Madrid, 2015.
- Acale Sánchez, M., “Delitos contra la Administración Pública (II)”, en Terradillos Basoco, J.m. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial. II*, 2ª edic., Iustel, Madrid, 2016.
- Almoguera Carreres, J., “Corrupción y mercados internacionales”, en Ruiz Miguel, A., (ed.), *Entre Estado y Cosmópolis. Derecho y Justicia en un mundo global*, Trotta, Madrid, 2014.
- Álvarez García, F.j., “Introducción a los delitos contra la Administración Pública”, en Álvarez García, F.j., (dir.), *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial. III. Delitos contra las Administraciones Públicas y la Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia,
- Álvarez García, F.j., “Las prioridades de la justicia criminal”, en Álvarez García, F.j. (dir.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Baylos Grau, A., y Terradillos Basoco, J.M., *Derecho penal del trabajo*, 2ª edic., Trotta, Madrid, 1997.
- Benito Sánchez, D., “Prevención y sanción de la corrupción de funcionarios públicos extranjeros e internacionales en los instrumentos legales supranacionales”, en Demetrio Crespo, E., y González-Cuéllar Serrano, N. (dir.), *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*, Castillo de Luna. Ediciones Jurídicas, Madrid, 2015.
- Berdugo Gómez De la Torre, I., “Corrupción y Derecho penal, Condicionantes internacionales y reformas del Código Penal”, en Demetrio Crespo, E., y González-Cuéllar Serrano, N. (dir.), *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*, Castillo de Luna. Ediciones Jurídicas, Madrid, 2015.
- Bustos Gisbert, R., “Corrupción política y Derecho”, en Berdugo Gómez De La Torre, I., y Liberatore Bechara, A.e., (coord.), *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano-brasileña*, Centro de Estudios Brasileños-Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013.
- Capella, J. R., *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del Derecho y del Estado*, Trotta, Madrid, 1997.
- Demetrio Crespo, E., “Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública”, en Ferré Olive, J.C., (edit.), *Fraude y corrupción en la Administración Pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, vol. 3, ed. Universidad de Salamanca, 2002.
- Doval País, A., “Delitos de corrupción pública: indultos y condenas”, en Jareño Leal, A. (dir.), *Corrupción pública: cuestiones de política criminal (I)*, Iustel, Madrid, 2014.
- Ekaizer, E., *Indecentes. Crónica de un atraco perfecto*, 2ª edic., Espasa, Madrid.
- Estefanía, J., *La nueva economía. La globalización*, 2ª edic., Debate, Madrid.
- Fernández García, J., “Algunas reflexiones sobre la corrupción política”, en Fabián Caparrós, E.a., y Pérez Cepeda, A.i., (coord.), *Estudios sobre corrupción*, Ratio Legis, Salamanca, 2010.
- Ferrandis Ciprián, D., y Teruel García, I., “Corrupción y administración de justicia: una propuesta de reforma”, en Jareño Leal, A. (dir.), *Corrupción pública: cuestiones de política criminal (I)*, Iustel, Madrid, 2014.

⁹⁸ García López, E., “La corrupción ¿Un problema...”, op. cit., p. 74.

- Flores Giménez, F., “Democracia interna y participación ciudadana como mecanismos de control”, en Nieto Martín, A., y Maroto Calatayud, M., (dir.), *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Universidad de Castilla—La Mancha, Cuenca, 2014.
- Galeano, E., *Patatas arriba. La escuela del mundo al revés*, 1ª edic., Catálogos, Buenos Aires, 2006.
- García López, E., “La corrupción ¿Un problema jurídico o un estadio sociológico-moral?”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, 2014 (35).
- GEPC-Grupo de estudios de Política Criminal, *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias. Indulto, prescripción, dilaciones indebidas y conformidad procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. Accesible en http://www.gepc.es/web/sites/default/files/ficheros/libro15_0.pdf. Consulta: 25.07.2016.
- González-Cuéllar Serrano, N., “Halcones y palomas: la persecución penal de la corrupción y de la delincuencia económica”, en Demetrio Crespo, E., y González-Cuéllar Serrano, N. (dir.), *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*, Castillo de Luna. Ediciones Jurídicas, Madrid, 2015.
- González Agudelo, G., (2016), “Defraudación tributaria”, en Terradillos Basoco, J.m. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial (Derecho Penal Económico)*, 2ª edic., Iustel, Madrid, 2016.
- GRECO-GRUPO DE ESTADOS CONTRA LA CORRUPCIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA, *Informe de la lucha contra la corrupción de la Unión Europea*, ed. Comisión Europea, Bruselas, 2014. Accesible en http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_spain_chapter_es.pdf. Consulta: 25.07.2016.
- Hava García, E., “Grand Corruption. Strategies for Preventing International Impunity”, en *The Indonesian Journal of International & Comparative Law*, nº 3, 2015.
- Hava García, E., “Financiación ilegal de partidos políticos”, en Terradillos Basoco, J.m. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial. I*, 2ª edic., Iustel, Madrid, 2016.
- Huntington, S.p., *Political Order in Changing Societies*, Yale University Press, London, 1968.
- Hurtado Pozo, J., “Globalización y delincuencia organizada”, en Moreno, M. (coord.), *Orientaciones de la política criminal legislativa*, Inacipe, México D.F., 2005.
- Jakobs, G., “Sobre la génesis de la obligación jurídica”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 23, 2000.
- Jakobs, G., “Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo”, en Jakobs, G. y Cancio Meliá, M. *Derecho penal del enemigo*, 3ª edic., Civitas, Madrid, 2003.
- Jareño Leal, A., “La corrupción en la contratación pública”, en *Pasajes. Revista de pensamiento contemporáneo*, nº 42, 2013. Accesible en <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/45549/14-21.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Consulta: 25.07.2016.
- Jiménez Villarejo, C., “Contra la corrupción: más transparencia, más prevención”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada, nº 9, 2006.
- Maroto Calatayud, M., *La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- Meini, I., *Delitos contra la Administración Pública*, Usaid, Ciudad De Guatemala, 2008.
- Mejías Rodríguez, C.a., *Delitos asociados a la contratación económica*, Ediciones ONBC, La Habana, 2013.
- Mercado Pacheco, P., “Transformaciones económicas y función de lo político en la fase de la globalización”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 32, 1995,
- Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- Nieto Martín, A., “De la Ética Pública al Public Compliance: sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas”, en Nieto Martín, A., y Maroto Calatayud, M., (dir.), *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Universidad de Castilla—La Mancha, Cuenca, 2014.
- Nieto Martín, A., “La prevención de la corrupción”, en Nieto Martín, A. (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- Palacios Briuhuega, I., *Los españoles y la calidad de la democracia*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2016.

Estrategias político-criminales frente a la corrupción política

- Pedreira Campos, P.H., “La empresa que sabe usar la corrupción crece más”; en Sinpermiso, 14.12.2014. Accesible en <http://www.sinpermiso.info/textos/index.php?id=7568>. Consulta: 25.07.2016.
- Pérez Cepeda, A.I., y Benito Sánchez, D., “La política criminal internacional contra la corrupción”, en Berdugo Gómez De La Torre, I., y Liberatore Bechara, A.e., (coord.), *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano-brasileña*, Centro de Estudios Brasileños-Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013.
- Randstad, Informe anual sobre la flexibilidad laboral y el empleo, 2014. en <http://www.randstad.es/tendencias360/informe-flexibilidad-en-el-trabajo-randstad-2014>. Consulta:25.07.2016.
- Reátegui Sánchez, J., “Los delitos de corrupción de funcionario y criminalidad organizada”, en *Revista de Derecho Penal. Delitos contra la Administración Pública-II*, Buenos Aires, nº 2, 2004.
- Rebollo Vargas, R., y Casas Hervilla, J., “Reflexiones, problemas y propuestas para la investigación de la delincuencia económica”, en *Revista General de Derecho Penal*, Madrid, nº 19, 2013.
- Rodríguez Mourullo, G., “Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, nº III.
- Ruiz-Rico Ruiz, G., “La lucha contra la corrupción desde el Estado constitucional de Derecho: la legislación sobre financiación de partidos políticos en España”, en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, nº 7, 2014.
- Schünemann, B., “El Derecho en el proceso de la globalización económica”, en Moreno, M., (coord.), *Orientaciones de la política criminal legislativa*, Inacipe, México D.F., 2005.
- Terradillos Basoco, J.M., “Financiarización económica y política criminal”, en Serrano Piedecosas, J.R., y Demetrio Crespo, E., (dir.), *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, COLEX, Madrid, 2010.
- Terradillos Basoco, J.M., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Álvarez García, F.j. (dir.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Terradillos Basoco, J.M., “Cuatro décadas de política criminal en materia socioeconómica”, en Demetrio Crespo, E. (dir.), *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, Edisofer-BdeF, Madrid, 2014.
- Terradillos Basoco, J.M., “Política criminal de materia socioeconómica: hacia el Derecho penal de la exclusión”, en Medina Cuenca, A. (coord.), *El Derecho penal de los inicios del Siglo XXI en la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional. Libro homenaje al Dr. Ramón de la Cruz Ochoa, presidente de Honor de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales*, Unijuris, La Habana, 2014.
- Terradillos Basoco, J.M., “Corrupción, globalización y Derecho Penal Económico”, en Demetrio Crespo, E., y González Cuellar Serrano, N. (dir.), *Halcones y palomas. Corrupción y delincuencia económica*, Castillo de Luna. Ediciones Jurídicas, Madrid, 2015.
- Terradillos Basoco, J.M., “Mercado y Administración Pública (Criminalidad económica y corrupción política)”, en Medina Cuenca, A., (coord.), *El Derecho penal en tiempos de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño*, Unijuris, La Habana, 2016.
- Valeije Álvarez, I., “Reflexiones sobre la eficacia de los delitos contra la administración pública en materia de corrupción urbanística”, en *Cuadernos penales José María Lidón. Corrupción y urbanismo*, Deusto, nº 5.
- Vicente Giménez, T., y Berzosa Alonso Martínez, C., “El triunfo de las finanzas capitalistas y el deterioro de los derechos sociales y de los derechos ecológicos”, en *Jueces para la Democracia*, Madrid, nº 80, 2014.
- Vergottini, G., “Una road contro la corruzione”, en *Percorsi Costituzionali*, CEDAM, 2012 (1/2). Accesible en <http://magna-carta.it/content/road-map-contro-corruzione>. Consulta, 25.07.2016.
- Virgolini, J., “Los delitos de cuello blanco”, en Terradillos Basoco, J.m, y Acale Sánchez, M., (coord.), *Nuevas tendencias en Derecho penal económico*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2008.



Acerca de la justificación de la intervención penal en los delitos económicos

María Del Carmen Vera Rivera

Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Abogada



RESUMEN: *En relación a los delitos económicos existe o subyace un debate relacionado con aceptar o no como legítima la intervención penal del Estado en este ámbito. En el marco de esta cuestión, en las próximas páginas, proponemos una solución para encausar y solucionar este dilema, porque, el problema tiene diversos niveles de discusión que al parecer en la doctrina se encuentran entremezclados y confundidos. El primer nivel estaría relacionado con el de la legitimidad de las normas penales del Derecho penal económico, aquí se encuentra el debate de la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos. El segundo nivel sería el de la correcta selección de los intereses tutelables. El tercer nivel es el del tratamiento que deban tener las normas de este nuevo Derecho penal. Finalmente, tenemos la cuestión de la técnica legislativa.*

PALABRAS CLAVE: *Delito económico, bien jurídico colectivo, legitimación/justificación del derecho penal económico*

ABSTRACT: *In relation to economic crimes, prevails or underlies a debate on whether to accept or not as legitimate the criminal intervention of the government in this area. In the context of this issue, in the following pages, we propose a solution to steer and resolve this problem, because this dilemma has several levels of discussion which appear in the doctrine intermingled and confused. The first level would be related to the legitimacy of the criminal laws of economic criminal law, here is the debate on the legitimacy of collective legal goods. The second level would be the correct selection of protected interests. The third level is the treatment that should be given to the norms of this new criminal law. Finally, there is the issue of the legislative technique.*

KEY WORDS: *Economic crimes, collective legal goods, legitimacy of economic criminal law.*

SUMARIO: *I. Introducción II. Exposición de la problemática y determinación de los presupuestos dogmáticos de partida III. Sobre el concepto y los caracteres del bien jurídico colectivo IV. Justificación de la protección de los bienes jurídicos colectivos V. Nuevo Derecho penal y su tratamiento VI. Forma de tipificación VII. Conclusiones VIII. Bibliografía*

I. Introducción

En el ámbito de los delitos económicos existe o subyace un debate relacionado con aceptar o no como legítima la intervención penal del Estado en la libertad de organización de las personas físicas y/o jurídicas por el cometimiento de los referidos ilícitos penales. Esta discusión a su vez tiene como trasfondo material, la discusión sobre la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos como objeto jurídico de protección con entidad material suficiente y que requieren de la efectiva protección penal. En relación a estos problemas, a lo largo de las próximas páginas, elaboramos una propuesta para encausar y solucionar la problemática, porque, el problema tiene diversos niveles de discusión que al parecer en la doctrina se encuentran entremezclados y confundidos. El primer nivel de la discusión estaría relacionado con el de la legitimidad de las normas penales del Derecho penal económico, aquí se encuentra el debate de la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos. El segundo nivel sería el de la correcta selección de los intereses tutelables (ya sea un objeto jurídico individual o colectivo). El tercer nivel es el del tratamiento que deban tener las normas de este nuevo Derecho penal, relacionado con la opción de considerar si se deben aplicar las mismas reglas de la Parte General a todos los delitos (nuevos y antiguos) o no. Finalmente, tenemos la cuestión de la técnica legislativa, es decir, determinar si mediante este criterio es posible vulnerar los principios que deben ser observados para configurar un tipo penal.

II. Exposición de la problemática y determinación de los presupuestos dogmáticos de partida

Brevemente revisaremos la legitimación de los delitos socioeconómicos mediante el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, teniendo en cuenta que el Derecho penal económico por las características de los bienes que protege se ve condicionado por uno de los debates político-criminales más relevantes de los últimos tiempos,¹ en referencia a la legitimidad de los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos. Se observa que la tarea de encontrar criterios de legitimación para este concreto grupo de delitos se encuentra reflejada en una suerte de dialéctica entre lo que se ha denominado el discurso de la expansión y el discurso de la reducción,² ambas fundamentaciones referidas al Derecho penal y su proceso de ampliación de la tutela de nuevos y diferentes bienes jurídicos,³ mediante tipos penales nuevos, pero también a través de los tipos penales tradicionales y una moderna reinterpretación de los mismos.⁴ Una discusión en la que se observa lo antagónico de los presupuestos enfrentados; mientras se ha afirmado por un lado que la evolución del Derecho penal ha de trascender al Derecho penal mismo y que la mejora del Derecho penal desembocará no en uno mejor sino en un Derecho de mejora y prevención, un Derecho que fuera mejor que el Derecho penal, más humano e inteligente,⁵ por otro, se sostiene que la historia del Derecho penal es la historia de su progresiva racionalización y sometimiento a límites, y que por sus características es un instru-

¹ Feijoo Sánchez, B.: "Bien jurídico y delitos socioeconómicos", en *Diccionario de Derecho penal económico*, dir. Boix Reig, J., coord. Lloria García, P., Ed. Iustel, Madrid, 2008, p. 145.

² Al respecto, revisa Hassemer, W.: "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en *Pena y Estado*, dir. Bustos Ramírez, trad. Larrauri, E., Ed. Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1995, pp. 32 y ss.; Herzog, F.: "Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo, regulación del riesgo: perspectivas más allá del Derecho penal", en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ed. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, coords. Arroyo Zapatero, L., Neumann, U., Nieto Martín, A., trad. Crespo, E., Cuenca, 2003, pp. 249 y ss.

³ Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico y de la empresa, Parte General*, tercera edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 127-129.

⁴ Por ejemplo, tal es el caso del delito de administración desleal en referencia a los supuestos de actuación del órgano de administración de una persona jurídica.

⁵ Radbruch, G.: *Filosofía del Derecho*, Ed. Revista de Derecho Privado, cuarta edición, Madrid, 1959, p. 221. Podría pensarse que esta posición ya no se mantiene, porque sus postulados fueron propuestos al inicio de la segunda mitad del siglo pasado, sin embargo, la propuesta de Hassemer, W., Muñoz Conde, F.: "Viejo y nuevo Derecho penal", en *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 46 y ss., es asimilable. Estos autores sostienen que, entre el Derecho penal y el Derecho sancionatorio administrativo, entre el Derecho civil y el Derecho público, con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del Derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos, debería existir un "Derecho de intervención". Ordenamiento jurídico de difícil concreción y, sin embargo, (a juicio de estos autores) con mayores y mejores posibilidades de solución respecto del Derecho penal. Una propuesta que si se analiza adecuadamente en nada difiere de lo que propusiera Radbruch, porque el fundamento de la propuesta radica en la exagerada, ilimitada y no tan legítima intromisión en determinadas circunstancias por parte del Derecho penal. Es preciso advertir que la propuesta tiene una diferencia, porque el Derecho de intervención estaría reservado para aquellos tipos penales que no se corresponden con el Derecho penal nuclear, v. gr., el Derecho penal económico.

mento más racional, previsible, limitado y seguro que otras formas de control social.⁶

En este sentido, se discute sobre la legitimidad de estos bienes jurídicos, en la medida en que se asegura, constituyen una muestra palmaria del carácter expansionista e injustificado del Derecho penal en el que se observa un abandono del modelo de protección de bienes jurídicos estrictamente personales y se estaría, por tanto, en uno caracterizado por una mayor e innecesaria intervención. La crítica de la protección de los bienes jurídicos colectivos se formula en torno a sostener que son objetos ficticios o no reales de tutela⁷ y carentes de materialización,⁸ en la medida de su excesiva amplitud e indeterminación. Por estos caracteres se señala que se recurre habitualmente a la técnica de los delitos de peligro evidenciando un adelantamiento (probablemente no justificado) de la frontera de la intervención y de la protección penal.⁹ Nosotros consideramos que, si se acepta que ese adelantamiento no está justificado, resultaría difícil mantener la legitimación y justificación del empleo del Derecho penal en este ámbito. En este sentido, el hecho de que sean excesivamente amplios no es lo mismo que indeterminados y sobre este problema es necesario incidir. Por otra

parte, respecto del problema en orden a la naturaleza del interés jurídico y el de la técnica de tipificación, lo importante será llegar a un punto que permita mantener el respeto con el principio de lesividad, y esto se logra entendiendo que todo delito de peligro lo es para el interés jurídico mediato, que subyace al colectivo, que por su parte con la realización de la acción ya resulta lesionado, puesto que sólo es posible la lesión como rebaja de ciertas condiciones. Por lo que se hace necesario distinguir entre legitimar por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y la posible infracción del principio de lesividad, que tendría lugar probablemente por la técnica legislativa. Eso es lo que desarrollaremos en el siguiente apartado. Pero para lograrlo, debemos responder a la cuestión sobre qué son bienes jurídicos colectivos y cómo se encuentran delimitados frente a los individuales. En este marco, nos vemos obligados a establecer un punto de partida sobre la función prioritaria de la ley penal, determinar de ante mano, si la norma penal protege bienes jurídicos¹⁰ o como se piensa por otro sector doctrinal,¹¹ la función de este sector del ordenamiento es la protección de la vigencia de la norma.¹² Para nosotros, la ley penal obtiene su racionalización y

⁶ García-Pablos de Molina, A.: *Introducción al Derecho penal*, Ed. Ramón Areces, cuarta edición, Madrid, 2006, p. 171.

⁷ Moccia, S.: "De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales", en *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Ed. Bosch, trad. Ragués i Vallès, R., edit. Silva Sánchez, J., Barcelona, 1997, p. 116.

⁸ Mendoza Buergo, B.: *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Ed. Civitas, 2001, p. 68.

⁹ Hassemer, W.: "Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno", en *ADPCP*, trad. Larrauri, E., t. XLV, 1992, p. 241.

¹⁰ Para Abanto Vázquez, M.: "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", en *Revista Penal de la Universidad de Huelva*, núm. 18, (publicado en el Libro-Homenaje a Juan Bustos Ramírez, coord. Urquiza, J.), 2006, p. 3, el bien jurídico es todo aquello que el hombre o la sociedad valoran y se protege a través de la ley. Como afirma Hormazábal Malaree, H.: *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, Ed. PPU, Barcelona, 1991, p. 139, el concepto de bien jurídico expresa el concreto interés, el objeto protegido por cada prohibición o mandato, que otorga un fundamento racional al sistema penal. El delito constituye, por tanto, la lesión no de un derecho subjetivo, sino de un bien jurídico, un bien merecedor de tutela penal.

¹¹ Sin embargo, al menos a pie de página, considero importante referirme a la discusión y en este sentido, al porqué de la postura personal. Postura que nos parece importante y que condiciona la investigación, incluyendo el desarrollo posterior del trabajo y la toma de postura en los diversos temas a tratar. La tesis que considera que la norma penal protege bienes jurídicos, puede considerarse mayoritaria. En general para la doctrina penal la protección de bienes jurídicos constituye la función primordial del Derecho penal. Sin embargo, existen posturas que, desde una perspectiva funcional del Derecho penal, aseguran que la tarea de este ordenamiento es la protección de la vigencia de la norma.

¹² Para Jakobs, G.: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Ed. Civitas, trad. Cancio Meliá, M., Feijóo Sánchez, B., primera edición 1996, segunda reimpression, Madrid, 2000, p. 16, desde una perspectiva funcional, el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la Constitución y la sociedad. En la pág. 26 afirma que la sociedad es la construcción de un contexto comunicativo, por lo tanto, no se trata de constatar un determinado estado de cosas, sino de observar la forma cómo se ha configurado ese estado. En este sentido, la identidad de la sociedad se encuentra determinada a través de unas reglas de configuración, establecidas mediante normas, un sistema de normas, lo que equivale a rechazar su configuración en función de bienes o estados (de la naturaleza o de la realidad). Es importante señalar que, para esta postura, se reconoce que, en determinadas configuraciones normativas, pueda deducirse la norma a partir de bienes, sin embargo, los bienes no son la norma, son tan sólo su reflejo. El Derecho, para esta tesis, se convierte en un instrumento de estabilización social, de orientación de las acciones y de institucionalización de las expectativas. Aparece el concepto de confianza institucional, entendida como una forma de integración social, el ordenamiento sustituye la confianza personal por la institucional, lo que se ha denominado la institucionalización de las expectativas de comportamiento. La misión de esta forma de integración social es garantizar un nivel necesario de orientación de la acción, del comportamiento y así, de estabilización de las expectativas. Una vez que las expectativas se han institucionalizado, se han normativizado, se puede afirmar que la infracción de la norma es socialmente disfuncional, más no por la lesión de ciertos bienes jurídico-penales, sino en la medida en que se pone en duda la vigencia de la norma como orientación de la acción, orientación del comportamiento y, en este sentido, se verifica una afectación de la confianza institucional de los miembros de

Acerca de la justificación de la intervención penal en los delitos económicos

justificación a partir de la protección de bienes jurídicos.¹³ Sin embargo, es preciso señalar que en el ámbito de esta discusión Roxin ha señalado que “*el propio Jakobs, bajo la presión de la crítica, aunque no se haya desvinculado expressis verbis de su tesis de que la pena sirve sólo a la confirmación de la norma, sí lo ha hecho materialmente*”, porque exige como criterio para la función de confirmación de la norma, la necesidad de que la norma esté “*sustentada cognitivamente*”, lo que significa para Roxin que la norma se encuentra fundamentada en la “*protección de bienes*

jurídicos”, por esta razón, sólo cabe “*archivar la objeción deducida del efecto de estabilización de la norma que emana de la pena en contra de la tarea de la pena y del Derecho penal de proteger bienes jurídicos*”.¹⁴

Indiferentemente de que se acepte el fin de la discusión o no (lo propio sería considerarla abierta), lo importante es afirmar que la doctrina mayoritaria en España (a la que nos adherimos) acepta que la protección de bienes jurídicos es el principal criterio legitimante.¹⁵ A este respecto, considero importante

la sociedad (desde una visión crítica, cf. Baratta, A.: “Integración-Prevención: una ‘Nueva’ Fundamentación de la Pena Dentro de la Teoría Sistémica”, en *Revista Doctrina Penal*, año 8, núm. 29, 1985, pp. 3 y ss.). Lo relevante, por tanto, para el Derecho penal será, en definitiva, haber desautorizado la vigencia de la norma. Desde esta perspectiva, de la desautorización de la vigencia de la norma, se afirma que el Derecho penal desde una configuración funcional, se acerca a la concepción de la pena en el sentido idealista hegeliano, entendida como la confirmación, restauración y aseguramiento del Derecho, es decir que, para el Derecho penal funcional, la pena no repara bienes, sino confirma la identidad normativa de la sociedad (véase directamente, Hegel, G.: *Fenomenología del Espíritu*, Ed. Fondo de Cultura Económica, trad. Roces, W., primera edición 1966, Madrid, 1985, p. 100. Para Hegel, “el delito tiene su reflexión en sí mismo o su inversión en la pena real; ésta es la reconciliación de la ley con la realidad que se le opone en el delito, la pena real tiene su realidad invertida en ella misma, que es una realización de la ley, de tal modo que la que tiene ésta como pena se supera a sí misma, se convierte de nuevo de ley activa en ley quieta y vigente, cancelándose el movimiento de la individualidad en contra de la ley y el de ella en contra de la individualidad. Según Zaffaroni, E.: *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Ediar, segunda edición, Buenos Aires, 2002, p. 400, en Hegel se observa que la pena era la reafirmación del Derecho, por aplicación del principio lógico de que la negación de la negación es la afirmación: el delito es la negación del derecho y la pena es la negación del delito, es decir, la afirmación del Derecho. Señala Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J.: “Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho penal”, en *CPC*, núm. 71, 2000, pp. 391-392, que la referencia de ciertos críticos como Baratta, para ligar el sistema funcionalista de Jakobs con la teoría sistémica de Luhmann, es equivocada, porque afirma que Jakobs en varias publicaciones se desmarca de esta posibilidad. Afirma que, “Jakobs marcaba sus diferencias con la teoría sistémica de Luhmann para situarse junto a Hegel”. En definitiva, se puede leer que, para Jakobs, G.: *Sociedad, norma y persona...*, op. cit., p. 11, el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho, en cuanto que ese hecho es equivalente a la lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto su identificación con el quebrantamiento de la norma. Un quebrantamiento de la norma, a su vez, no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas.

¹³ En este punto, cabe reparar nuevamente en las formas en que se utiliza el concepto de bien jurídico, como bien señala Mir Puig, S.: *Derecho penal, Parte General*, novena edición, Ed. Reppertor, Barcelona, 2011 p. 160, este concepto es utilizado básicamente en dos sentidos: a) en el sentido político criminal o de *lege ferenda*, referido a lo que necesariamente debe ser protegido por el Derecho penal; y, b) en el sentido dogmático o de *lege lata*, en relación a lo que efectivamente se encuentra protegido por la norma jurídica penal vulnerada. Sin embargo, según Roxin, C.: *Derecho Penal, Parte General*, t. I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, traducción de la segunda edición alemana y notas por: Luzón Peña, D., Díaz y García Conlledo, M., de Vicente Remesal, J., Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 55, el concepto de bien jurídico, en la medida en que no se encuentra dilucidada la cuestión teórica del concepto material de delito por cuanto hasta ahora no se ha logrado precisar el concepto de bien jurídico de modo que pudiera ofrecerse una delimitación jurídicamente fundada y satisfactoria de su contenido, sólo sigue teniendo una función como medio de interpretación teleológica según el concreto e inmediato bien jurídico protegido por el tipo penal para la estructuración sistemática de la Parte especial, pero político criminalmente carece de importancia. Sin embargo, debemos reparar en que no puede confundirse el establecimiento de un concepto a nivel teórico con la indiscutible evidencia de la existencia de intereses personales y colectivos que se consideran necesarios para la vida en sociedad y para el libre y completo desarrollo de la personalidad. Adhiriéndonos a las tesis que pueden considerarse mayoritarias, matizamos señalando que el abandono radical de la función político-criminal del concepto de bien jurídico, sería insuficiente y poco adecuada, por cuanto se reduciría a otorgar una función eminentemente interpretativa al concepto de bien jurídico, dejando de lado los beneficios que comportan todos los problemas materiales de la discusión político-criminal para lograr un concepto de bien jurídico expresivo y concreto en su contenido y que a la vez funcione como limitador del Derecho penal. Por lo que consideramos que el bien jurídico puede constituir punto de encuentro entre injusto y política criminal, lo que permite concluir que la función primordial del Derecho penal es su protección, y sólo a partir de ellos, se deben interpretar los tipos penales. Por otro lado cabe resaltar que la teoría del bien jurídico le otorga una función crítica, que encierra la posibilidad de declarar *ex post*, la inexistencia de un bien jurídico merecedor de protección frente a supuestos de penalización de conductas meramente inmorales, como por ejemplo la prostitución, lo que implica su no criminalización y de este modo operaría en ambas modalidades (sobre la cuestión revisar von Hirsche, A.: “El concepto de bien jurídico y el principio del daño”, en *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, edición española a cargo de Alcácer, R., Martín, M., Ortiz de Urbina, Í., Madrid-Barcelona, 2007, pp. 37-38).

¹⁴ Roxin, C.: “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, en *REPCP*, trad. Cancio Meliá, M., 15-01, 2013, pp. 4 y 5.

¹⁵ Por todos, Mir Puig, S.: *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 119 y ss. Sobre la función y límites de la teoría del bien jurídico como criterio legitimante, entre otros muchos, Octavio de Toledo y Ubieto, E.: “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, en *ADPCP*, t. I, Madrid, 1990, pp. 5 y ss.

señalar, aunque brevemente, que es necesario establecer un criterio complementario de la teoría del bien jurídico.¹⁶ Porque, el correcto punto de partida consiste en reconocer que la única restricción previamente dada al legislador para la configuración de los delitos se encuentra en los principios de la Constitución.¹⁷ Con lo cual se reconduce la teoría del bien jurídico haciéndola derivar de la Constitución.¹⁸ En suma, como afirma Bustos Ramírez, el bien jurídico no sólo surge como un concepto fundamentador de la intervención del Derecho penal en la libertad y derechos de las personas, sino además como garantía

del ciudadano y como criterio deslegitimador de las intervenciones¹⁹ cuando éstas sean irracionales e ilegítimas. En un Estado democrático, el bien jurídico comporta la misión de limitar el poder punitivo estatal, esto implica que las definiciones legales de delitos únicamente pueden crearse para amparar bienes jurídicos compatibles con ese ordenamiento.²⁰ Esto no quiere decir que los bienes jurídicos deriven de la Constitución Española, sino tal y como afirma el Tribunal Constitucional,²¹ el Derecho penal tiene la finalidad de proteger los valores, bienes o intereses que sean constitucionalmente legítimos²² en un Es-

¹⁶ En la doctrina existen dos posturas muy diferenciadas sobre la vinculación normativa entre bien jurídico y Constitución. La que opina que todos los intereses jurídicos están en la Constitución y la que dice que no (con una construcción distinta, Fernández, G.: *Bien jurídico y sistema del delito*, Ed. B de F, Montevideo, 2004, p. 108 y ss., 118, 291, sostiene con su teoría supraconstitucional iushumanista del bien jurídico, que los bienes jurídicos están constituidos por los valores sociales, universales y multiculturales relacionados con los derechos humanos, que derivan de la dignidad de la persona, por lo que la teoría constitucionalista no completa el marco protector debido a la pluralidad de valores que contiene, y sólo constituiría un mandato de determinación para el legislador). Finalmente, para algunos autores, los bienes jurídicos que pueden ser objeto de protección penal son aquellos que sirven para garantizar los principios inspiradores del ordenamiento jurídico. Para Abanto Vázquez, M.: “Acerca de la teoría...”, op. cit., p. 8, en Alemania (este autor cita a Sax y Rudolphi) surgió la tesis de la concepción constitucional del bien jurídico, según la cual, el ordenamiento constitucional se encuentra vinculado de manera inmediata a la protección de bienes jurídicos cuando éstos son referidos al núcleo de valores ético-sociales previamente dados, como el derecho a la vida, el derecho al honor, el derecho a la libertad, el derecho a la integridad corporal, el derecho a la propiedad, etc. El resto de bienes jurídicos constituirían valores intermedios del ordenamiento constitucional. Para Álvarez García, J.: “Bien jurídico y Constitución”, en *CPC*, núm. 43, 1991, pp. 5 y ss., 20, 35; Octavio de Toledo y Ubieto, E.: “Función y límites...”, op. cit., p. 1 y ss.; Carbonell Mateu, J.: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 27 y ss., entre otros, la teoría constitucional debe identificar a los bienes jurídicos penales con el ordenamiento valorativo constitucional y esta vinculación se puede realizar de manera expresa e implícita. Lo que no implica su concreta positivización, mas si una marcada tendencia hacia este logro. Por otro lado, tampoco se exige que los bienes jurídicos susceptibles de protección jurídico-penal, se reduzcan o aumenten. Además, es posible que incluso el contenido normativo del bien jurídico varíe como consecuencia de la interpretación jurisprudencial o por alguna modificación de la norma. Como afirma, Abanto Vázquez, M.: “Acerca de la teoría...”, op. cit., p. 10, para esta postura no se trata de un mero traslado del contenido de la norma constitucional al Derecho penal, haciendo del segundo un instrumento secundario del primero, sino precisamente de lograr coherencia y racionalidad del ordenamiento jurídico en su conjunto. Lograr interpretar y adecuar las proposiciones jurídico-penales de conformidad a los valores de la Constitución, tanto en las propuestas político-criminales como en la estructura de la dogmática del Derecho penal, ámbitos en los que se encuentra la discusión sobre el bien jurídico. En este sentido, para la selección de bienes jurídico penalmente protegibles, es preciso que el bien jurídico cumpla una función limitadora del empleo, uso, utilización o instrumentalización del Derecho penal, y, por tanto, hay que seleccionar aquellos que sean relevantes. Esta selección no tiene más límite que aquellos que vayan en contra de los valores reconocidos como inspiradores del ordenamiento en la Constitución, pero esto, no significa que se pueda proteger cualquiera, sino solamente aquellos en los que se garantice que la intromisión en la libertad de las personas será constitucionalmente legítima.

¹⁷ Entre otros, Roxin, C.: *Derecho Penal...*, op. cit., p. 55; Mir Puig, S.: *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 104 y ss., *passim*.

¹⁸ cf. Bacigalupo Zapater, E.: *Principios de Derecho penal, Parte General*, Ed. Akal, quinta edición, Madrid, 1998, p. 19. Este autor, desde otra perspectiva, sostiene que las limitaciones del *ius puniendi* no surgen propiamente de la función del concepto de bien jurídico. En esta postura, únicamente es posible deslegitimar la intervención del Derecho penal cuando la norma jurídico-penal vulnere los valores superiores del ordenamiento jurídico que establece el artículo 1 de la CE: la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, en definitiva, el derecho a la libertad desarrollado y garantizado normativamente por la Constitución.

¹⁹ Bustos Ramírez, J.: *Manual de Derecho penal, Parte General*, cuarta edición, Ed. PPU, Barcelona, 1994, p. 113.

²⁰ Octavio de Toledo y Ubieto, E., Huerta Tocildo, S.: *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Rafael Castellanos, t. I., segunda edición, Madrid, 1986, p. 159.

²¹ Para el TC la delimitación del bien jurídico es una actividad que se encuentra en la esfera de discrecionalidad legislativa, basta con que en la ley penal no concurren objetivos constitucionalmente proscritos o socialmente irrelevantes. Esto implica el reconocimiento de bienes jurídicos penales que no se hallen ni de forma expresa ni de manera implícita en la Constitución. El TC en la sentencia 45/2009, afirma que normativamente se encuentra garantizada “la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo”, por lo que, “en esta configuración, que supone un complejo juicio de oportunidad, el legislador goza de un amplio margen de libertad”. Esto sin perjuicio del reconocimiento implícito de mandatos tácitos de incriminación (sobre esta última cuestión, revisar Alonso Álamo, M.: “Bien Jurídico Penal: más allá del constitucionalismo de los Derechos”, en *EPCr*, vol. XXIX, 2009, p. 78).

²² González Cussac, J.: “Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 28, 1992, p. 32.

Acerca de la justificación de la intervención penal en los delitos económicos

tado social y democrático de Derecho.²³ De acuerdo con lo que se ha expuesto, y dado que partimos de una determinada concepción de la función de la norma penal como protectora de bienes jurídicos, resulta fundamental en el ámbito de nuestra investigación, responder a la cuestión sobre qué son bienes jurídicos colectivos y cómo se encuentran delimitados frente a los bienes jurídicos individuales.

III. Sobre el concepto y los caracteres del bien jurídico colectivo

Señalaremos primeramente bienes jurídicos individuales son aquellos que sirven a los intereses de una per-

sona o de un determinado grupo de personas; y, aquéllos bienes jurídicos que responden a los intereses de muchas personas, de la generalidad, podremos denominarlos bienes jurídicos colectivos.²⁴ Para Mir Puig, también llamados “*difusos*” porque se caracterizan siempre por hallarse difundidos entre amplias capas de la población.²⁵ Por su parte, Bustos Ramírez sostiene que los bienes jurídicos colectivos deben ser definidos a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social.²⁶ En este punto, Roxin²⁷ expresa que los objetos de protección deben concretarse de alguna manera y, por ende, los objetos

²³ En este sentido, en conexión con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, con el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal, así como con el principio de intervención mínima, la cuestión del bien jurídico (y sobre todo, de esta parte de la investigación) tiene especial relevancia, puesto que nos encontramos ante comportamientos delictivos relativamente nuevos (la administración desleal del órgano de administración), que para algunos autores deberían formar parte del denominado Derecho penal accesorio (delitos societarios) como opuesto al nuclear (administración desleal genérica) en el que la concreción del objeto de protección de la norma es particularmente importante, más cuando en algunos casos (aunque es posible que no en la administración desleal del órgano de administración) sean hechos que pueden encontrar protección en el ordenamiento jurídico privado, por lo que cabría la pregunta: ¿debe protegerse jurídicamente todo bien jurídico? A lo que tendríamos que responder: que no toda clase de interés o valores colectivamente reconocidos y dignos de protección jurídica, debe gozar de la penal. Como señala Polaino Navarrete, M.: *El bien jurídico en el Derecho Penal*, Anales de la Universidad de Sevilla, Serie Derecho, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, núm. 19, 1974, pp. 266 y ss., el concepto de bien jurídico-penal no abarca la totalidad de objetos de protección jurídica, sino sólo de aquellos que requieren un aseguramiento normativo de mayor rigor. El mayor o menor rigor se estructura en relación con la relevancia o importancia que se otorgue a lo que se quiere proteger, de la categoría conceptual protegida y de la gravedad e intensidad del ataque efectuado contra aquélla. Se incluyen los bienes en sentido material, así como los valores, referidos a la esfera espiritual. Los bienes son los objetos que siendo de utilidad para satisfacer las necesidades personales asumen una importancia de tal relevancia que deben protegerse por y a través de la ley penal. Los valores son los atributos anímico espirituales que permiten la auto-realización de la persona en sociedad y que repercuten en la propia estructura del núcleo de la sociedad y son referidos a la libertad individual y el respeto al otro como persona, protegida y garantizada por el derecho. No se trata de que merezcan un mayor o menor rigor en el aseguramiento normativo, sino de que tengan o no un mayor o menor valor para el desarrollo de la vida en colectividad y de la personalidad individual, y que, además se trate de ataques graves a ese interés, incluso en algunos casos sólo se justificaría la protección penal cuando no exista un medio alternativo menos gravoso e igual de eficaz. Para optar por la protección penal es preciso combinar estos criterios, hay veces como en el derecho a la vida que el valor del interés jurídico es tal que no es preciso distinguir por la gravedad del ataque ni buscar medios alternativos menos gravosos, y lo mismo se puede decir de otros intereses personales; en cambio en este tipo de delitos, la administración desleal del órgano de administración, así como en los societarios se deberían tomar en consideración otros criterios. Por otro lado, como afirma Mir Puig, S.: *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 161 y ss., a más de la protección jurídico-penal, tan sólo de determinados bienes jurídicos, es importante expresar que la idea de protección de bienes jurídicos como función del Derecho penal, según el cual el ejercicio de *ius puniendi* por parte del Estado se encuentra legitimado sólo bajo la protección de bienes jurídicos, se fundamenta en el principio de lesividad, que implica dotar al bien jurídico de una función político criminal de *lege ferenda* para la proscripción de conductas eminentemente lesivas y, una función dogmática de *lege lata* en relación al alcance del tipo como criterio de interpretación en función del concreto objeto protegido por la norma. En Derecho penal, para ciertos autores, se entenderán por sinónimos el principio de ofensividad, lesividad, ofensión o de exclusiva protección de bienes jurídicos (revisar sobre la cuestión González Cussac, J.: “*Principio de ofensividad...*”, op. cit., p. 7). En este sentido, lo importante es afirmar que todo delito comporta necesariamente un ataque al bien jurídico protegido por la norma jurídico penal. Por ejemplo, en los delitos de resultado de lesión y de peligro, comporta un resultado de daño o peligro en los términos de cada tipo penal. La dogmática de los delitos de lesión exige un resultado de lesión al bien jurídico, la dogmática de los delitos de peligro exige un resultado de peligro al bien jurídico, en ambos casos, el resultado exigido por la norma jurídico penal se corresponde con la idea normativa de daño. Por lo anterior se deduce que el principio de lesividad impone la carga de la demostración del ataque al bien jurídico en los términos típicos.

²⁴ Hefendehl, R.: “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, núm. 19, trad. Salazar Ortuño, E., 2001, p. 149.

²⁵ Mir Puig, S.: “Bien Jurídico y Bien Jurídico-Penal como Límites del *Ius Puniendi*”, en *EPCr*, XIV, Universidad de Santiago de Compostela, 1991, p. 206. Este mismo autor, en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994, p. 152, previene que el Estado social puede confundir la necesidad de favorecer determinados intereses colectivos con la conveniencia de una intervención penal para prevenir su ataque. Ahora, la bondad de una acción estatal a favor de la colectividad no justifica, sin más, que busque el apoyo en un arma tan lesiva como el Derecho penal.

²⁶ Bustos Ramírez, J.: “Los bienes jurídicos colectivos”, en *Control social y sistema penal*, Ed. PPU, Barcelona, 1987, pág. 197.

²⁷ Roxin, C.: “El concepto de bien jurídico como...”, op. cit., p. 11.

jurídicos resultado de una abstracción exagerada, que resulten inaprehensibles, no pueden ser reconocidos como bienes jurídicos. Para Maurach²⁸, son bienes jurídicos de la colectividad por un lado, a) los valores supraestatales de la sociedad, entre los que destacan: el orden interno y externo, el sentimiento de piedad, la humanidad, la integridad de la familia, la honestidad, el deber de ayuda al prójimo, la seguridad del tráfico jurídico, la seguridad ante el peligro colectivo; y, por otro lado, b) los valores personificados en el Estado, entre los que cabe contar: la integridad del Estado, el poder estatal en sus distintas manifestaciones, la administración de justicia y la honestidad en el ejercicio de las funciones. En esta bifurcación de los bienes jurídicos colectivos establecida por Maurach, subyace la idea de establecer una distinción entre los sujetos a los cuales se refieren estos bienes, a saber: la distinción entre sociedad y Estado como sus titulares, en España también ha sido acogida esta distinción y consecuente clasificación.²⁹ Sin embargo, hoy en día es difícil aceptar esta división por cuanto el Estado, en cuanto forma de organización política de una comunidad, no puede ser titular de intereses propios susceptibles de protección penal. Así, todo atentado contra los órganos estatales o contra el normal desenvolvimiento de su actividad es, en definitiva, un ataque contra la sociedad a la que éstos sirven.³⁰ Por esta razón, estamos obligados a renunciar a esta división y clasificación de los bienes jurídicos colectivos en función de la titularidad, y afirmar que todo atentado y/o ataque contra bienes jurídicos colectivos constituyen en sí, atentados y ataques contra la sociedad, y sólo en

relación a las funciones sociales que los bienes jurídicos colectivos desempeñan en la sociedad, puede realizarse una clasificación de los mismos. Así, existirían: bienes jurídicos identificables con las prestaciones básicas de la sociedad y bienes jurídicos identificables con la protección de las instituciones que hacen posible las prestaciones básicas para la sociedad y sus integrantes.³¹

Según Alexy, para su delimitación y concreción deben superarse tres condiciones³² a saber: a) la no exclusión en el uso; b) la no rivalidad en el consumo; y, c) la cualidad de no distributividad. En efecto, un bien jurídico será colectivo en la medida en que no se excluya del uso de ese bien a ninguna persona; que además, el uso y disfrute de ese bien por parte de una persona, no implique un perjuicio o imposibilidad para el efectivo disfrute de ese bien por parte de otra persona; y, un bien jurídico podrá ser calificado con el adjetivo de colectivo³³ cuando sea conceptual, real y jurídicamente imposible de dividirse este bien en partes, para distribuirlo en determinadas porciones para el disfrute de un individuo concreto. Nosotros consideramos junto con Greco,³⁴ una cuarta condición, de la que es partidario Roxin,³⁵ quien exige no legitimar “*un bien jurídico colectivo como objeto de protección de un determinado precepto cuando la afectación de ese bien jurídico siempre implique simultáneamente la vulneración de un bien jurídico individual*”, si se concreta la afectación de un bien jurídico individual no existe bien jurídico colectivo inmediatamente protegido. Esto no implica que en el supuesto de hecho concreto de manera secundaria o mediata se vulnere

²⁸ Maurach, R.: *Tratado de Derecho penal*, Ed. Ariel, traducción y notas de Derecho español por Córdoba Roda, J., Barcelona, 1962, p. 252.

²⁹ Entre otros, Santana Vega, D.: *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000, p. 77; Cerezo Mir, J.: *Curso de Derecho Penal Español*, Ed. Tecnos, 2004, p. 218; Muñoz Conde, F.: *Derecho penal, Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, décimo octava edición, Valencia, 2010, p. 410, quien distingue entre delitos contra los valores sociales supraestatales y delitos contra el Estado; Serrano Gómez, A.: *Curso de Derecho penal, Parte Especial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2012, pp. 540 y ss.

³⁰ Soto Navarro, S.: “Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos”, en *ADPCP*, vol. LVIII, 2005, p. 888.

³¹ En este sentido se expresan Muñoz Conde, F., García Arán, M.: *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, octava edición, 2010, p. 59, para quienes, los llamados bienes jurídicos colectivos, afectan más a la sociedad como tal, al sistema social que constituye la agrupación de varias personas individuales y supone un cierto orden social o estatal. Entre estos bienes jurídicos sociales o universales se cuentan la salud pública, el medio ambiente, la seguridad colectiva, la organización política, etc.; en el mismo sentido, Soto Navarro, S.: “Concreción y lesión de los bienes...”, op. cit., p. 889.

³² Alexy, R.: “Derechos individuales y bienes colectivos”, en *El concepto y la validez del Derecho*, Ed. Gedisa, trad. Seña, J., Barcelona, 2004, p. 179 y ss.; en función de este criterio, Hefendehl, R.: “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros...?”, op. cit., p. 149 y ss., desarrolla su tesis; en el mismo sentido, Soto Navarro, S.: “Concreción y lesión de los bienes...”, op. cit., p. 887, quien lo expresa del siguiente modo: característica fundamental de los bienes jurídicos colectivos es su función o utilidad para la sociedad en su conjunto, lo que se traduce, *prima facie*, en la posibilidad de aprovechamiento por todos, sin que nadie pueda ser excluido y sin que el aprovechamiento individual obstaculice ni impida el aprovechamiento por otros.

³³ Alexy, R.: “Derechos individuales y bienes colectivos...”, op. cit., p. 186.

³⁴ Citado por Roxin, C.: “El concepto de bien jurídico como...”, op. cit., p. 12, nota al pie núm. 55, pp. 199 y ss.

³⁵ Roxin, C.: “El concepto de bien jurídico como...”, op. cit., p. 12.

Acerca de la justificación de la intervención penal en los delitos económicos

además un bien jurídico colectivo. En este sentido, este carácter se deduce de la cualidad de indivisibilidad, es decir que no tienen una auténtica naturaleza colectiva aquellos bienes jurídicos que se pueden descomponer y encuentran su esencia en una pluralidad de intereses individuales.³⁶ En estos comportamientos el carácter colectivo viene conformado por el tipo de peligro del que se ven afectados los bienes jurídicos individuales, el núcleo de lo injusto reside en la creación de un peligro abierto a un bien jurídico individual.³⁷ El bien jurídico colectivo se caracteriza, por tanto, por la posibilidad³⁸ y susceptibilidad de ser disfrutado y utilizado por todos (al mismo tiempo) y cualquiera (sin determinación temporal) de las personas en una sociedad, en este sentido, resulta materialmente imposible relacionarlo con un concreto estamento de aquella, y en función de esto, resulta igualmente imposible determinar o delimitar una proporción o medida del disfrute. Por ejemplo, el medio ambiente, su disfrute por parte de una persona no implica la imposibilidad de acceder a aquel por parte de otra persona en el mismo momento.

Ahora, luego de haber brevemente explicado qué es un bien jurídico colectivo, tomaremos como punto de partida para la discusión de su legitimación, la teoría personal del bien jurídico, por ser la teoría crítica que los deslegitima, y que en general ha sido desarrollada (en sus aspectos relevantes) y propugnada por Hassemer. De esta manera debemos responder a la pregunta sobre si es legítimo proteger mediante el Derecho penal a los bienes jurídicos colectivos. El por qué empezar desde esta teoría constituye una decisión deliberada que se justifica, por un lado, porque es la teoría personal del bien jurídico de dónde han surgido las críticas deslegitimadoras de la protección de bienes jurídicos colectivos; y por otro, porque de este modo, es mucho más sencillo comunicar las ideas superadoras de las críticas contra la protección de los bienes jurídicos colectivos.

IV. Justificación de la protección de los bienes jurídicos colectivos

En efecto, tomaremos como punto de partida para la discusión de la legitimación de la protección de los bienes jurídicos colectivos, mediante el Derecho penal, la teoría personal del bien jurídico.³⁹ Para esta teoría, el bien jurídico constituye criterio irrenunciable para medir la política criminal, y en este sentido, debe concretarse en su núcleo negativo tradicional crítico al Derecho penal. Hassemer acepta la necesidad de protección de bienes jurídicos universales (o colectivos), siempre y cuando se funcionalicen desde la persona, para evitar que una “*política criminal moderna y divagadora*” destruya y desnaturalice el concepto de bien jurídico mediante la protección de bienes jurídicos vagos, generalizadores y en definitiva difíciles de concretar.⁴⁰ Estas ideas tienen como sustrato dogmático, la consideración del bien jurídico desde una perspectiva individual, y se corresponde con la teoría personal del bien jurídico, según la cual sólo debe entenderse como tal un interés individual necesitado de protección jurídico-penal.⁴¹

En este sentido, la protección del orden socioeconómico será posible en la medida en que se realice una vinculación directa o indirecta entre aquel y el derecho individual de la persona, por ejemplo, el patrimonio, concluyendo esta tesis que el orden socioeconómico por carecer de elementos diferenciadores sustanciales entre un interés individual y uno colectivo, por estar este último funcionalmente ligado al primero, no es posible otorgarle entidad suficiente a la categoría de los bienes jurídicos colectivos y en este sentido, no sería posible elaborar adecuadamente criterios para su legitimación y por tanto, no sería posible su criminalización. De este modo, es preciso manifestar que esta postura propone una absoluta descriminalización de este tipo de comportamientos, porque propugna su incorporación a la normativa extrapenal, quedando

³⁶ Soto Navarro, S.: “Concreción y lesión de los...”, op. cit., p. 887, quien señala que, por esta razón, los delitos contra la seguridad colectiva no deben considerarse como protectores de un bien jurídico colectivo.

³⁷ Soto Navarro, S.: *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Ed. Comares, 2003, p. 200 y ss.

³⁸ Hefendehl, R.: “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros...?”, op. cit., p. 150.

³⁹ En España, aunque no en los mismos términos, Mir Puig, S.: *El Derecho penal en el Estado social...*, op. cit., p.164, para quien existen dos enfoques posibles en la valoración de los intereses colectivos. Uno es contemplarlos desde el punto de vista de su importancia para el sistema social. Otro, valorarlos en función de su repercusión en los individuos. El primero, dice este autor, es el adoptado por el Estado social autoritario, caracterizado por subordinar el individuo al todo social. Para él, por lo tanto, el Estado social democrático ha de preferir el segundo enfoque: le importan los intereses colectivos en la medida en que condicionen la vida de los individuos.

⁴⁰ Hassemer, W.: “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en *La teoría del bien jurídico...*, op. cit., p. 96.

⁴¹ Feijoo Sánchez, B.: “Bien jurídico y delitos...”, op. cit., p. 146

tan sólo como objeto del Derecho penal los comportamientos que componen el tradicional Derecho penal nuclear. Además, plantea como solución para las infracciones contra el orden económico la articulación de un “*Derecho de intervención*”,⁴² de difícil contorno, pero situado en un estado o nivel de coacción anterior o inferior a la intervención penal y posterior o superior a los demás ordenamientos jurídicos tales como el Derecho civil, Derecho mercantil, Derecho administrativo sancionador, etcétera.⁴³

Se ha rechazado esta postura por un sector de la doctrina, entre los que cabe citar a Feijoo Sánchez en España y Stratenwerth en Alemania, en la medida en que “*resulta ser demasiado egocéntrica o individualista*”,⁴⁴ únicamente posible en una sociedad que no sólo careciera de intereses comunes, sino que ni siquiera los promoviera. Tesis para estos autores contraria a la realidad normativa actual en la que se evidencia la protección y vigencia de intereses supra-individuales o colectivos como característica de los Estados modernos.⁴⁵ Se parte de la constatación de que “*el injusto es siempre una perturbación social*”⁴⁶ que supera la relación de conflicto entre autor y víctima. Por otro lado, existen delitos que protegen intereses colectivos, en los que no se requiere el enlace funcional entre interés individual e interés colectivo para traspasar la barrera de la tipicidad, como en los delitos contra la administración tributaria o en los delitos contra la seguridad social, por tanto, este enlace no es un requisito material sino sólo una característica de determinados tipos penales. Cabe afirmar, además, que el reconocimiento jurídico del ser humano como persona presenta una realidad bidimensional, que se explica por la garantía y protección de la libertad. Esta situación se expresa en función de las siguientes esferas de

protección: a) para dejarle obrar y manejar su propio ámbito de organización; y, también, b) para respetar y proteger sus objetivos supra-individuales. Esta última dimensión tiene como idea base o fundamental, la necesidad de considerar a la persona, “*como alguien a la que le gustaría ver el mundo, ordenado de una determinada manera*”, y desde esta perspectiva, resulta factible y viable, proteger a la persona, “*en sus creencias básicas que van más allá de su individualidad y tienen que ver con toda su visión del mundo*”,⁴⁷ es decir, desde una perspectiva supra-individual. Por otro lado, entiende ROXIN que los bienes jurídicos no serían simples portadores ideales o abstractos de significado sino circunstancias reales, lo cual no quiere decir que tengan que ser objetos corporales, sino solamente partes de la realidad empírica, con lo cual dentro del concepto bien jurídico caben tanto bienes individuales como también bienes de la generalidad, pero, estos últimos, sólo en la medida en que sirvan al ciudadano en particular.⁴⁸

De esto se deduce que la discusión sobre la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos intenta poner en duda la necesidad de su tipificación, crítica que hemos superado con las observaciones anteriores,⁴⁹ sin embargo, lo que sí se evidencia y acepta es una inadecuada “*técnica legislativa*”, a la hora de elaborar y establecer los tipos penales concretos, cuestiones que deben ser combatidas desde una perspectiva de política criminal,⁵⁰ en el sentido de mejorar la determinación de los tipos, para lograr una mejor concreción del tipo de injusto. La crítica debe apuntarse, por tanto, no a la legítima o ilegítima protección de los bienes jurídicos supra-individuales, sino en función de la concreta técnica que el legislador utiliza para su tipificación. Por ejemplo, rechazar

⁴² Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho Penal...*, op. cit, p. 134.

⁴³ Hassemer, W., Muñoz Conde, F.: “Viejo y nuevo Derecho penal...”, op. cit, pp. 46 y ss., en concreto, estos autores sostienen que, entre el Derecho penal y el Derecho sancionatorio administrativo, entre el Derecho civil y el Derecho público, con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del Derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos, debería existir un “Derecho de intervención”. Ordenamiento jurídico de difícil concreción y, sin embargo, con mayores y mejores posibilidades de solución respecto del Derecho penal.

⁴⁴ Feijoo Sánchez, B.: “Bien jurídico y delitos...”, op. cit, p. 146; en el mismo sentido, Stratenwerth, G.: «La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos», en *La teoría del bien jurídico...*, Ob., Cit., pág. 369, para quien, el concepto personal de bien jurídico, sólo puede abarcar lo que al individuo le resulta importante para sí mismo, una postura que observa al individuo como *homo oeconomicus*, como sujeto orientado únicamente a su propio bienestar, lo que implica problemas para admitir los bienes jurídicos colectivos.

⁴⁵ Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho Penal...*, op. cit, p. 156.

⁴⁶ Feijoo Sánchez, B.: “Bien jurídico y delitos...”, op. cit, p. 147.

⁴⁷ Stratenwerth, G.: “La criminalización en los delitos...”, op. cit, p. 369.

⁴⁸ Roxin, C.: *Problemas actuales de dogmática penal*, Ed. ARA, Lima, 2004, pp. 44 y ss.

⁴⁹ Feijoo Sánchez, B.: “Bien jurídico y delitos...” op. cit, pp. 146 y ss.

⁵⁰ Feijoo Sánchez, B.: “Bien jurídico y delitos...”, op. cit, pp. 149.

Acerca de la justificación de la intervención penal en los delitos económicos

de plano, el intento de tipificar comportamientos que agredan a un bien jurídico colectivo, cuando ante la dificultad que plantea señalar una estructura típica de peligro concreto, el legislador acude a la construcción dogmática de los delitos de peligro abstracto, encajando de manera inadecuada el comportamiento en un molde que no le pertenece.⁵¹

El fundamento material de los bienes jurídicos colectivos surge a partir de la realidad social actual⁵² que condiciona su aparición y protección, así como del modelo de Estado de Derecho actual, en la medida en que éste debe atender a las necesidades de todos los miembros que conforman la sociedad a fin de lograr la efectiva libertad personal (política, económica, etc.) e igualdad jurídica, lo que implica la necesaria protección jurídico-penal contra aquellos hechos que impidan o intenten impedir la atención de las necesidades⁵³ que busquen materializar el programa normativo establecido en la norma fundamental. Por ejemplo, es necesario la protección jurídico penal ante graves hechos que atenten contra el medio ambiente, el agua, la seguridad pública, la función jurisdiccional, el orden socioeconómico, etc. En este sentido, es plausible una solución que consista en la evolución del Derecho penal, que se adapte a la modernización de la sociedad y a los comportamientos desviados que en ésta acontecen,⁵⁴ comportamientos referidos ante todo a los delitos socioeconómicos. El cómo debería realizarse esta modernización lo veremos a continuación.

En este punto, es preciso tener en cuenta que bienes colectivos no son sólo los de naturaleza socioeconómica, se incluyen además la protección del medio ambiente, y dentro de él la protección del agua, la salud

pública, seguridad del tráfico que, desde hace mucho más tiempo que el orden socioeconómico han sido objeto de protección penal. Por lo que esto podría poner en tela de juicio o llevar a replantearse el modo de la discusión, en tanto que el problema no sería la legitimidad de la protección penal de los intereses colectivos, sino de la selección de los que deben ser dignos de esa protección penal. Nos encontramos, por tanto, ante dos niveles diferenciados de discusión: la cuestión de la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos y la cuestión de la selección del concreto bien jurídico colectivo. En este sentido, las finalidades derivadas de un Estado social y democrático de Derecho hacen surgir las necesidades de protección de estos intereses colectivos, ya que sólo cuando se articula la protección es posible asegurarla de los bienes jurídicos individuales. Porque el pleno ejercicio del derecho a la vida, a la libertad, a la integridad personal, a la propiedad, a la protección del patrimonio, no es posible sin la conexión con el criterio de la dignidad de la persona. La dignidad de la persona incluye que se garantice y se provea de manera progresiva y sustentable de condiciones normativas reales para la realización de estos derechos; estas condiciones normativas reales son los bienes jurídicos colectivos. La protección de la economía, de la salud (garantía de la seguridad social y las prestaciones más importantes: seguro de salud, seguro de pensiones, contingencias por riesgos laborales, etc.), del trabajo, del medio ambiente, del tráfico rodado, de la seguridad ciudadana (Fuerzas armadas, policía, administración de justicia), etc. Sin la garantía de estas realidades normativas, es discutible un pleno ejercicio de los derechos individuales.⁵⁵

⁵¹ Díez Ripollés, J.: *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Ed. Trotta, Madrid, 2003, pp. 97 y ss.

⁵² Tiedemann, K.: *Lecciones de Derecho penal económico*, Ed. PPU, Barcelona, 1993, pp. 34-35 y ss.

⁵³ Bustos Ramírez, J.: "Los bienes jurídicos...", op. cit., p. 196.

⁵⁴ Schünemann, B.: "La administración desleal de los órganos societarios: el caso Mannesmann", en *La administración desleal de los órganos societarios*, edits. Gómez-Jara Díez, C., García Caverro, P., Ed. ARA, Lima, 2010, p. 54. Este autor repara y nosotros coincidimos, en que es necesario tomar en serio las objeciones realizadas por los autores de la escuela de Frankfurt, entre los que destaca Hassemer.

⁵⁵ Esta idea es producto de la reflexión de dos realidades vividas, el hecho de ser nacional de un país latinoamericano en el que normativamente siempre se han garantizado a nivel constitucional los derechos fundamentales individuales y también los colectivos; y el hecho de haber residido en países en donde estas garantías, son una realidad (progresiva), por ejemplo, España. Esto significa que, en el Ecuador, no ha existido una garantía y protección real por parte de las instituciones del Estado encargadas de lograr estas finalidades constitucionales (éste no es el momento de hablar de causas, aunque es importante dejar constancia que en la última década han existido cambios importantes en esta materia). Por lo que el derecho a la vida, a la libertad, a la integridad física, a la propiedad, a la protección del patrimonio personal, etc., se ha tomado en una suerte de burla de la legislación, porque hemos sido testigos de los ataques más atroces y a la vez, de los más simples, que hacen imposible un pleno ejercicio de estos derechos individuales. La ciudadanía en general expuesta al temor por la sensación de inseguridad en la que se vive y se ejerce la libertad. Es una cruel ironía hablar de la protección de bienes jurídicos individuales, si no se garantizan de manera real y progresiva, los bienes jurídicos colectivos. Esto significa que toda política económica debe estar sujeta a la normativa constitucional, el ámbito de lo discutible debe estar situado en el límite posterior a las garantías materiales (financiación) que posibiliten el adecuado ejercicio de los derechos ciudadanos básicos. Sólo así se puede lograr la plena vigencia de la dignidad de la persona. Es una opinión personal, avalada por la experiencia y la historia latinoamericana y mundial.

El problema es hasta qué punto es precisa esa dependencia; si debemos considerarlos instrumentales para la protección de los individuales, en concreto de los que se derivan de esa definición de Estado y de sus principios. Si somos partidarios, como en efecto lo somos, de considerar que la intervención del Derecho penal en la libertad de las personas y de las empresas se justifica sólo a través de la protección de bienes jurídicos⁵⁶ (esta observación, ha dado lugar a la diferenciación y desarrollo dogmático introducida por algunos autores, entre los que destaca Mir Puig, que se corresponde con el denominado *principio de exclusiva protección de bienes jurídico-penales*,⁵⁷ esta exigencia de protección por parte del Derecho penal no implica que todo bien jurídico deba ser protegido penalmente [principio de subsidiariedad] ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penales penalmente tutelados ocasione la intervención del Derecho penal [carácter fragmentario]⁵⁸), lo que implica en definitiva, que la legitimación de los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos, se afirma cuando se observe y cumpla plenamente con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. El bien jurídico se concibe como la razón que permite justificar la necesidad del empleo del Derecho penal, es decir, como aquello que legitima el castigo.⁵⁹

El problema radica fundamentalmente en la selección de los bienes jurídicos. Lo relevante será no tanto discutir si se debe o no proteger un interés colectivo, sino qué tipo de intereses de esta naturaleza deben ser objeto de protección penal. Aceptada

la necesidad de protección de estos bienes jurídicos colectivos,⁶⁰ uno de los problemas que se plantean en este momento es el relativo al tratamiento que deban tener, si se deben tipificar en el Código Penal como norma penal, de acuerdo con los principios que rigen este sector del ordenamiento jurídico, o debe optarse, en palabras de Silva Sánchez por un Derecho penal de dos velocidades.

V. Nuevo Derecho penal y su tratamiento

Entre otros, dentro de la primera postura, sobre el tratamiento de los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos y que conforman el “*nuevo Derecho penal*”, Gimbernat Ordeig considera que los conceptos fundamentales de la Parte General del Derecho penal siguen siendo adecuados e irrenunciables para el tratamiento de los nuevos comportamientos establecidos en los tipos penales,⁶¹ entre estos, los delitos socioeconómicos y societarios, por tanto, los comportamientos que agravan gravemente el orden económico deberían integrarse en el Derecho penal, en definitiva, que su tratamiento quede sometido a las reglas y principios tradicionales de la imputación penal.⁶² Sobre la “*técnica legislativa*” respecto de su mejor sistematización y ubicación, es preferible ubicarlos de manera preponderante en el Código Penal, aunque no sea necesario,⁶³ mas sí recomendable en función del orden y mejor clasificación. Es decir que se puede regular como ley común, en el Código Penal, o como ley especial en un texto independiente del Código Penal, pero sujetos a

⁵⁶ Esta legitimación no es referida en relación a todos y cada uno de los bienes jurídicos que el Estado de Derecho ha garantizado sino sólo de aquellos que se encuentran en la esfera de protección de la ley penal.

⁵⁷ Mir Puig, S.: “Bien Jurídico...”, op. cit., p. 205 y ss.; en el mismo sentido, Octavio de Toledo y Ubieta, E.: “Función y límites del principio...”, op. cit., p. 5. En efecto, este autor sostiene que no todo bien jurídico requiere tutela penal, y en este sentido no todo bien jurídico es susceptible de convertirse en bien jurídico-penal.

⁵⁸ Mir Puig, S.: *Derecho penal...*, op. cit., p. 120. Lo que conduce a afirmar la existencia de una clara delimitación conceptual, y la consideración del bien jurídico-penal como una definición de la forma lógica por género anterior y diferencia específica.

⁵⁹ Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho Penal Económico...*, op. cit., pp. 139-140. Para este autor debe entenderse el bien jurídico desde una perspectiva procedimental y no sustancial, en términos de justificación y no de objeto, por tanto, se podrá objetar y criticar una norma jurídico-penal, cuando no justifique suficientemente la intervención penal, a pesar de haber sido seleccionada como objeto de protección por parte del legislador.

⁶⁰ Gómez Pavón, P.: “Algunas cuestiones en torno al art. 284 del Código penal”, en *Dogmática y Ley Penal, LH al Prof. Dr. Enrique Bacigalupo*, coords. López Barja de Quiroga, J., Zugaldía Espinar, J., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 952. El orden socioeconómico es tan digno de protección penal como otros intereses supraindividuales o generales; el problema es más de selección que de legitimación.

⁶¹ Gimbernat Ordeig, E.: “¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de un Parte General son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones?”, en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Ed. UNED, Madrid, 2001, p. 356.

⁶² Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho Penal...*, op. cit., p. 157.

⁶³ Nos referimos a la técnica legislativa de colocar las prohibiciones penales dentro del Código penal y no en una ley especial sobre la materia de referencia, como, por ejemplo, el ordenamiento italiano que ha introducido las prohibiciones de carácter penal sobre delitos societarios en el Codice Civile (Código Civil), en la parte correspondiente a la regulación de las sociedades mercantiles.

Acerca de la justificación de la intervención penal en los delitos económicos

los mismos principios y reglas. En un sentido diferente, Silva Sánchez, propone un Derecho penal de dos velocidades que permita por un lado salvaguardar el modelo clásico de imputación y de principios para el núcleo duro de los delitos que penan con prisión y otro Derecho penal, más alejado del núcleo de lo criminal, con imposición de penas próximas al Derecho administrativo como multas, sanciones administrativas para el ejercicio de determinados derechos, etc., en el que se flexibilicen los criterios de imputación y las garantías político-criminales.⁶⁴ Martínez-Buján Pérez⁶⁵, considera más adecuada la propuesta del modelo dual de Silva Sánchez, como opción de mayor seguridad jurídica, ante todo como mejor solución frente a la planteada por Hassemer sobre el Derecho de la intervención, en general por cuanto no se han establecido los contornos de este “nuevo” derecho y por lo difícil que sería aceptar este nuevo ordenamiento sin tradición jurídica alguna.⁶⁶

Por nuestra parte, consideramos más adecuado en función de la metodología propia de la ciencia del Derecho penal, aceptar que los principios tradicionales de la imputación rijan para todas las proposiciones jurídico-penales, nuevas y antiguas. Los nuevos tipos penales al igual que todos los demás tipos penales de la Parte Especial, deben estar sujetos a las mismas reglas y restricciones de la Parte General y de la Constitución Española. Recordemos que la ciencia del Derecho penal tiene por objeto el estudio de las normas jurídico-penales y no de otras, la tesis de Silva Sánchez propone incluir como objeto de la ciencia del Derecho penal, el tratamiento de proposiciones jurídicas no penales en sentido estricto y, por tanto, debe ser rechazada. El fundamento del rechazo es material y desde dos perspectivas. Primero, porque las proposiciones jurídicas respecto del supuesto de hecho, serían

jurídico-penales, porque se trataría de supuestos que atentan gravemente contra los intereses más valiosos de la sociedad, por lo que no se entendería la necesidad de un derecho de dos velocidades. Como consecuencia de lo anterior y, en segundo lugar, porque a pesar de que se deben proscribir estos comportamientos, propone anudar como consecuencia jurídica de la adecuación de la conducta al supuesto de hecho, no una pena, sino una sanción propia de las que se utilizan en el Derecho administrativo, todo, sin justificación material alguna.⁶⁷ Las normas del Derecho penal constituyen proposiciones jurídicas que establecen los delitos y su consecuencia jurídica: la pena y en determinados supuestos medidas de seguridad.⁶⁸ Estas proposiciones jurídico-penales tienen relación con la restricción del ejercicio de los más importantes derechos garantizados por la Constitución Española y en concreto, con la limitación de uno de los más preciados bienes jurídicos de la moderna configuración de la sociedad: la libertad. Por lo que, no queda otra opción más coherente y segura, que adherirnos a la tesis de Gimbernat Ordeig, sobre la rigidez de la aplicabilidad de los mismos conceptos fundamentales del Derecho penal a este tipo de comportamientos: optar por la regulación única, con respeto a los principios que inspiran y limitan el Derecho penal en la actualidad.

VI. Forma de tipificación

La solución a la que hemos llegado nosotros entiende que la legitimación de los delitos, entre los que se incluyen los que protegen bienes jurídicos colectivos, se afirma cuando se observe y cumpla plenamente con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Esto, porque nosotros hemos demostrado que los bienes jurídicos colectivos tienen autonomía frente a los

⁶⁴ Silva Sánchez, J.: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, tercera edición, Ed. B de F, 2011, pp. 178-179.

⁶⁵ Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho Penal...*, op. cit., p. 162.

⁶⁶ Hassemer, W., Muñoz Conde, F.: “Viejo y nuevo Derecho penal...”, op. cit., pp. 46 y ss.

⁶⁷ Respecto de la cuestión acerca de la pena que se deba imponer, no existen dudas de que, en determinados supuestos, se debe permitir junto con la imposición de la pena y/o, de manera individualizada pero justificada, la imposición de penas o sanciones próximas al Derecho administrativo, tales como multas, sanciones administrativas para el ejercicio de determinados derechos, etc. Esto es especialmente importante en los supuestos de RPPJ, en los delitos de funcionarios, en los delitos empresariales, en los delitos societarios, etc. En puridad, la pena es una limitación del ámbito de organización, de la libertad de organización, por tanto, desde esta perspectiva se puede permitir la imposición de las penas y sanciones que se utilizan en el Derecho administrativo, con las garantías que derivan del proceso penal. Esto no quiere decir que se acepte que para la imposición de estas sanciones se renuncie a las garantías procedimentales propias del Derecho penal o propiamente del Derecho procesal penal, todo lo contrario, se debe preservar la mejor y mayor fuerza comunicativa del Derecho penal frente a los demás ordenamientos, y al mismo tiempo, la virtud de imparcialidad del proceso penal frente al proceso administrativo.

⁶⁸ Gimbernat Ordeig, E.: *Concepto y método de la Ciencia del Derecho penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, p. 22.

individuales. No obstante, son bienes jurídicos de carácter instrumental de los bienes individuales, porque constituyen condiciones esenciales para su adecuado funcionamiento, sin que esto signifique el requisito extremo de funcionalización con los individuales para asegurar su protección. No se requiere una referencia directa o indirecta a los bienes jurídicos individuales, se trata de bienes jurídicos instrumentales y no complementarios, porque no complementan al individual, sino que garantizan su protección, aunque luego se independicen; lo que no significa perder ese carácter instrumental, sino que propiciaría que, en caso de demostrarse la ineficacia para ello, no pudiera mantenerse la justificación del empleo del Derecho penal. Entonces, tal y cómo habíamos afirmado antes, el problema no es de legitimación. Indiferentemente de que es necesario escoger adecuadamente, el problema de selección si se realiza correctamente, tampoco impide la protección de bienes jurídicos colectivos.⁶⁹ Sólo nos queda retomar y zanjar la cuestión de la técnica legislativa.

La técnica legislativa debe procurar la correcta y adecuada traducción e inserción en la ley de la decisión legislativa previamente adoptada.⁷⁰ La tipificación de la norma penal para que sea correcta, deberá superar los dos niveles de racionalización: jurídico formal y lingüística. La racionalidad jurídico-formal exige que en el momento de aprobarse o de reformarse una ley, aquella guarde armonía y coherencia con el ordenamiento jurídico. Las normas jurídico-penales deberán estar configuradas en función a la finalidad objetiva de la ley y de los valores que las inspiran. Esto significa lograr que las leyes constituyan un conjunto sin lagunas, contradicciones ni redundancias y que permita que el Derecho pueda ser observado como un mecanismo de previsión del comportamiento personal y sus consecuencias, esto es, como un sistema de seguridad.⁷¹ La racionalidad lingüística tiene como finalidad el garantizar las habilidades comunicativas de las normas; serán irracionales las leyes cuya formulación impida o dificulte la transmisión de sus contenidos a los destinatarios de su cumplimiento o aplicación.⁷² En el ámbito de la investigación jurídico-penal, estos dos niveles de racionalidad deben tener como sustrato los

conocimientos que la dogmática del Derecho penal, como materia y conocimiento del problema, provee para la construcción de los preceptos. La coherencia de las normas penales exige: a) una correcta e infundible manifestación de lo que el legislador ha querido; b) el mensaje debe ser claro e inteligible; y, c) debe guardar estrecha relación con el nivel de racionalidad exigido por la dogmática jurídico-penal. Si se cumple con estos requisitos, la proposición jurídico-penal habrá logrado una racionalidad adecuada desde la perspectiva de la técnica legislativa.

El problema con el que nos encontramos en el ámbito de los delitos socioeconómicos (y en muchos otros, porque este problema no es privativo de la realidad jurídica estudiada) está en que muchas veces, no se cumplen con estos requisitos. Algunas ocasiones, no sabemos qué es lo que el legislador ha querido, por ejemplo, el art. 286 bis CP, que prohíbe la corrupción en los negocios, es un tipo penal cuya redacción no coincide con lo que aparentemente dice haber buscado el legislador en el Preámbulo de la ley que sanciona este delito. El segundo requisito, sobre la racionalidad lingüística que impone la necesidad de que el mensaje deba ser claro e inteligible, en algunos supuestos tampoco se cumple, por ejemplo, en el mismo tipo penal de la corrupción en los negocios, la falta de claridad es una nota esencial, que genera confusión y dispares propuestas interpretativas. El tipo penal del art. 301 CP, que regula el blanqueo de capitales, es otro ejemplo patente, en este tipo penal se establece un abanico pluriforme de conductas y unos elementos típicos que reconducen a la idea de afirmar la responsabilidad sólo por dolo y, aun así, el tipo penal permite la punición de las conductas por imprudencia. En definitiva, son textos que sobresalen por la incoherencia y la imposibilidad de entender con facilidad la materia de la prohibición. Ejemplo de esta cuestión, lo era también el suprimido tipo penal de administración desleal societaria del art. 295 CP, en el que se no se conocía con certeza cuál era el sujeto pasivo del delito porque del texto punitivo ninguno de los sujetos pasivos descritos lo era la sociedad; y tampoco, por esta razón, se sabía cuál era el objeto de la acción, entre otras muchas cuestiones criticables. El último requisito es

⁶⁹ En el ámbito de nuestra investigación, la tarea de selección se realizó en el apartado respecto del bien jurídico que se protege en los delitos socioeconómicos.

⁷⁰ Navarro Frías, I.: "Técnica legislativa y Derecho penal", en *EPCr*, vol. XXX, 2010, p. 236.

⁷¹ Atienza Rodríguez, M.: *Contribuciones a una teoría de la legislación*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 32.

⁷² Díez Ripollés, J.: *La racionalidad de las...*, op. cit., p. 97.

Acerca de la justificación de la intervención penal en los delitos económicos

fundamental, porque la exigencia de identidad con la racionalidad de la dogmática es muy importante. Aquí es donde los problemas se agudizan, hasta hacer impracticable, determinados tipos penales. Por ejemplo, tipificar un tipo como de peligro abstracto cuando lo propio está en que sea uno de peligro concreto; exigir determinados elementos que ya se encuentran colmados por otros en el mismo tipo penal, v. gr., el ánimo de apropiación en el hurto que el Tribunal Supremo entiende que se encuentra colmado en el dolo; la falta de determinación de los comportamientos típicos que hacen posible la comisión, v. gr., el vigente delito de administración desleal, en el que no se establece con claridad cuáles son los comportamientos típicos, etc.

Sobre las diferentes situaciones mediante las que los tipos penales infringen las reglas de una correcta tipificación o adecuada técnica legislativa, se podría escribir mucho, ese no es el objeto de esta investigación, sino demostrar que efectivamente, respecto del problema en orden a la naturaleza del interés jurídico y el de la técnica de tipificación, lo importante será llegar a un punto que permita mantener siempre el respeto con el principio de lesividad, y esto se logra por ejemplo, entendiendo que todo delito de peligro lo es para el interés jurídico mediato, que subyace al colectivo, que por su parte, con la realización de la acción ya resulta lesionado si se entiende la lesión como menoscabo de ciertas condiciones respecto de la situación del interés. Por lo que, en el ámbito de los delitos socioeconómicos, una vez que se acepta su legitimación por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, no es posible descartar la infracción del principio de lesividad, que tendría lugar por la técnica legislativa utilizada para realizar la tipificación. En conclusión, si se cumple (negativamente) con los requisitos y/o criterios de racionalidad para la tipificación de las normas penales, se corre el riesgo de construir una proposición jurídico-penal irracional e infractora de los principios esenciales del Derecho penal, que incluso una adecuada interpretación típica difícilmente pueda corregir. Sobre esto último, la interpretación de la modalidad de distracción de dinero del antiguo tipo penal de apropiación indebida, es un ejemplo patente.

VII. Conclusiones

El fundamento material de los bienes jurídicos colectivos surge a partir de nuestra realidad social que condi-

ciona su aparición y protección, así como del modelo de Estado de Derecho actual, en la medida en que éste debe atender a las necesidades de todos los miembros que conforman la sociedad a fin de lograr la efectiva libertad personal (política, económica, etc.) e igualdad jurídica, lo que implica la necesaria protección jurídico-penal contra aquellos hechos que impidan o intenten impedir la atención de las necesidades que busquen materializar el programa normativo establecido en la norma fundamental. Por ejemplo, es necesario la protección jurídico penal ante graves hechos que atenten contra el medio ambiente, el agua, la seguridad pública, la función jurisdiccional, el orden socioeconómico, etc. En este sentido, es plausible una solución que consista en la modernización del Derecho penal, que se adapte a la modernización de la sociedad y a los comportamientos desviados que en ésta acontecen, comportamientos referidos ante todo a los delitos socioeconómicos.

Por otro lado, es preciso tener en cuenta que bienes colectivos no son sólo los de naturaleza socioeconómica, se incluyen además la protección del medio ambiente, y dentro de él la protección del agua, la salud pública, seguridad del tráfico que, desde hace mucho más tiempo que el orden socioeconómico han sido objeto de protección penal. Por lo que esto podría poner en tela de juicio o llevar a replantearse el modo de la discusión, en tanto que el problema no sería la legitimidad de la protección penal de los intereses colectivos, sino de la selección de los que deben ser dignos de esa protección penal. Nos encontramos, por tanto, ante dos niveles diferenciados de discusión: la cuestión de la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos y la cuestión de la selección del concreto bien jurídico colectivo.

La solución a la que hemos llegado nosotros entiende que la legitimación de los delitos, entre los que se incluyen los que protegen bienes jurídicos colectivos, se afirma cuando se observe y cumpla plenamente con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Esto porque se ha demostrado que los bienes jurídicos colectivos tienen autonomía frente a los individuales. No obstante, son bienes jurídicos de carácter instrumental de los bienes individuales, porque constituyen condiciones esenciales para su adecuado funcionamiento, sin que esto signifique el requisito extremo de funcionalización con los individuales para asegurar su protección. No se requiere una referencia directa o indirecta a los bienes jurídicos individuales,

se trata de bienes jurídicos instrumentales y no complementarios, porque no complementan al individual, sino que garantizan su protección, aunque luego se independicen; lo que no significa perder ese carácter instrumental, sino que propiciaría que, en caso de demostrarse la ineficacia para ello, no pudiera mantenerse la justificación del empleo del Derecho penal. Entonces, tal y cómo habíamos afirmado antes, el problema no es de legitimación. Indiferentemente de que es necesario escoger adecuadamente, el problema de selección si se realiza correctamente, tampoco impide la protección de bienes jurídicos colectivos.

En lo que se refiere a la técnica legislativa, hemos afirmado que para que sea correcta la tipificación de la norma penal, deberá superar los dos niveles de racionalización: jurídico formal y lingüística. La racionalidad jurídico-formal exige que en el momento de aprobarse o de reformarse una ley, aquella guarde armonía y coherencia con el ordenamiento jurídico. Las normas jurídico-penales deberán estar configuradas en función a la finalidad objetiva de la ley y de los valores que las inspiran. Por su parte, la racionalidad lingüística tiene como finalidad el garantizar las habilidades comunicativas de las normas; serán irracionales las leyes cuya formulación impida o dificulte la transmisión de sus contenidos a los destinatarios de su cumplimiento o aplicación. En el ámbito de la investigación jurídico-penal, estos dos niveles de racionalidad deben tener como sustrato los conocimientos que la dogmática del Derecho penal, como materia y conocimiento del problema, provee para la construcción de los preceptos. En resumen, la coherencia de las normas penales exige: a) una correcta e inconfundible manifestación de lo que el legislador ha querido; b) el mensaje debe ser claro e inteligible; y, c) debe guardar estrecha relación con el nivel de racionalidad exigido por la dogmática jurídico-penal. Si se cumple con estos requisitos, la proposición jurídico-penal habrá logrado una racionalidad adecuada desde la perspectiva de la técnica legislativa.

VIII. Bibliografía

- Abanto Vázquez, M.: «Acerca de la teoría de bienes jurídicos», en *Revista Penal de la Universidad de Huelva*, núm. 18, (publicado en el Libro-Homenaje a JUAN BUSTOS RAMÍREZ, coord. URQUIZO, J.), 2006.
- Alexy, R.: “Derechos individuales y bienes colectivos”, en *El concepto y la validez del Derecho*, Ed. Gedisa, trad. Seña, J., Barcelona, 2004.
- Alonso Álamo, M.: “Bien Jurídico Penal: más allá del Constitucionalismo de los Derechos”, en *EPCr*, vol. XXIX, 2009
- Álvarez García, J.: “Bien jurídico y Constitución”, en *CPC*, núm. 43, 1991.
- Atienza Rodríguez, M.: *Contribuciones a una teoría de la legislación*, Ed. Civitas, Madrid, 1997.
- Bacigalupo Zapater, E.: *Principios de Derecho penal*, Parte General, Ed. Akal, quinta edición, Madrid, 1998.
- Baratta, A.: “Integración-Prevención: una 'Nueva' Fundamentación de la Pena Dentro de la Teoría Sistémica”, en *Revista Doctrina Penal*, año 8, núm. 29, 1985.
- Bustos Ramírez, J.: “Los bienes jurídicos colectivos”, en *Control social y sistema penal*, Ed. PPU, Barcelona, 1987.
- _____, *Manual de Derecho penal*, Parte General, cuarta edición, Ed. PPU, Barcelona, 1994.
- Carbonell Mateu, J.: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- Cerezo Mir, J.: *Curso de Derecho Penal Español*, Ed. Tecnos, 2004.
- Díez Ripollés, J.: *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Ed. Trotta, Madrid, 2003.
- Feijoo Sánchez, B.: “Bien jurídico y delitos socioeconómicos”, en *Diccionario de Derecho penal económico*, dir. Boix Reig, J., coord. Lloria García, P., Ed. Iustel, Madrid, 2008.
- Fernández, G.: *Bien jurídico y sistema del delito*, Ed. B de F, Montevideo, 2004.
- García-Pablos de Molina, A.: *Introducción al Derecho penal*, Ed. Ramón Areces, cuarta edición, Madrid, 2006.
- Gimbernat Ordeig, E.: “¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de un Parte General son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones?”, en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Ed. UNED, Madrid, 2001.
- _____, *Concepto y método de la Ciencia del Derecho penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999.
- Gómez Pavón, P.: “Algunas cuestiones en torno al art. 284 del Código Penal”, en *Dogmática y Ley Penal*,

Acerca de la justificación de la intervención penal en los delitos económicos

- LH al Prof. Dr. Enrique Bacigalupo, coords. López Barja de Quiroga, J., Zugaldía Espinar, J., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.
- González Cussac, J.: "Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal", en *Revista del Poder Judicial*, núm. 28, 1992.
- Hassemer, W., Muñoz Conde, F.: "Viejo y nuevo Derecho penal", en *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- Hassemer, W.: "¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?", en *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, edición española a cargo de Alcácer, R, Martín, M, Ortiz de Urbina, Í., Madrid-Barcelona, 2007.
- _____, "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en *Pena y Estado*, dir. Bustos Ramírez, trad. Larrauri, E., Ed. Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1995.
- _____, "Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno", en *ADPCP*, trad. Larrauri, E., t. XLV, 1992.
- Hefendehl, R.: "¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto", en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, núm. 19, trad. Salazar Ortuño, E., 2001.
- Hegel, G.: *Fenomenología del Espíritu*, Ed. Fondo de Cultura Económica, trad. Roces, W., primera edición 1966, Madrid, 1985.
- Herzog, F.: "Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo, regulación del riesgo: perspectivas más allá del Derecho penal", en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ed. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, coords. Arroyo Zapatero, L., Neumann, U., Nieto Martín, A., trad. Crespo, E., Cuenca, 2003.
- Hormazábal Malaree, H.: *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, Ed. PPU, Barcelona, 1991.
- Jakobs, G.: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Ed. Civitas, trad. Cancio Meliá, M., Feijóo Sánchez, B., primera edición 1996, segunda reimpresión, Madrid, 2000.
- Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico y de la empresa, Parte General*, tercera edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- Maurach, R.: *Tratado de Derecho penal*, Ed. Ariel, traducción y notas de Derecho español por Córdoba Roda, J., Barcelona, 1962.
- Mendoza Buergo, B.: *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Ed. Civitas, 2001.
- Mir Puig, S.: "Bien Jurídico y Bien Jurídico-Penal como Límites del Ius Puniendi", en *EPCr*, XIV, Universidad de Santiago de Compostela, 1991.
- _____, *Derecho penal, Parte General*, novena edición, Ed. Reppertor, Barcelona, 2011.
- _____, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994.
- Moccia, S.: "De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales", en *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Ed. Bosch, trad. Ragués i Vallès, R., edit. Silva Sánchez, J., Barcelona, 1997.
- Muñoz Conde, F., García Arán, M.: *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, octava edición, 2010.
- Muñoz Conde, F.: *Derecho penal, Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, décimo octava edición, Valencia, 2010.
- Navarro Frías, I.: "Técnica legislativa y Derecho penal", en *EPCr*, vol. XXX, 2010.
- Octavio de Toledo y Ubieto, E., Huerta Tocildo, S.: *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Rafael Castellanos, t. I., segunda edición, Madrid, 1986.
- Octavio de Toledo y Ubieto, E.: "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", en *ADPCP*, t. I, Madrid, 1990.
- Polaino Navarrete, M.: *El bien jurídico en el Derecho Penal*, Anales de la Universidad de Sevilla, Serie Derecho, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, núm. 19, 1974.
- Radbruch, G.: *Filosofía del Derecho*, Ed. Revista de Derecho Privado, cuarta edición, Madrid, 1959.
- Roxin, C.: "El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen", en *RECPC*, trad. Cancio Meliá, M., 15-01, 2013.
- _____, *Derecho Penal, Parte General, t. I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, traducción de la segunda edición alemana y notas por: Luzón Peña, D., Díaz y García Conlledo, M., de Vicente Remesal, J., Ed. Civitas, Madrid, 1997.
- _____, *Problemas actuales de dogmática penal*, Ed. ARA, Lima, 2004.

- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J.: “Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho penal”, en *CPC*, núm. 71, 2000.
- Santana Vega, D.: *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000.
- Schünemann, B.: “La administración desleal de los órganos societarios: el caso Mannesmann”, en *La administración desleal de los órganos societarios*, edits. Gómez-Jara Díez, C., García Cavero, P., Ed. ARA, Lima, 2010.
- Serrano Gómez, A.: *Curso de Derecho penal, Parte Especial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2012.
- Silva Sánchez, J.: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, tercera edición, Ed. B de F, 2011.
- Soto Navarro, S.: “Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos”, en *ADPCP*, vol. LVIII, 2005.
- _____, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Ed. Comares, 2003.
- Stratenwerth, G.: “La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos”, en *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, edición española a cargo de Alcácer, R, Martín, M, Ortiz de Urbina, Í., Madrid-Barcelona, 2007.
- Tiedemann, K.: *Lecciones de Derecho penal económico*, Ed. PPU, Barcelona, 1993.
- Von Hirsch, A.: “El concepto de bien jurídico y el principio del daño”, en *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, edición española a cargo de Alcácer, R, Martín, M, Ortiz de Urbina, Í., Madrid-Barcelona, 2007.
- Zaffaroni, E.: *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Ediar, segunda edición, Buenos Aires, 2002.



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal